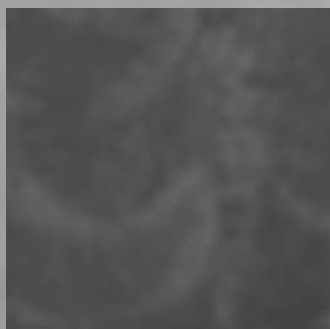


ESTUDIO SOBRE INMIGRACIÓN E MERCADO LABORAL



- Javier Gárate Castro
- Ángeles Ceinos Suárez
- Yolanda Maneiro Vázquez
- José María Miranda Boto



CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS

Sección de Informes e Publicacións

Informe elaborado por iniciativa propia polo Consello Galego de Relacións laborais, conforme o disposto no artigo 3º.2 a) da Lei 5/2008, do 23 de maio, pola que se regula o Consello Galego de Relacións Laborais. A realización do informe foi aprobada na sesión ordinaria do Pleno do Consello do día 28 de febreiro de 2007 e a súa publicación na do 15 de xaneiro de 2009.

A reprodución deste informe está permitida
citando a súa procedencia.

Primeira edición: abril de 2009

Edita: CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS
Algalia de Abaixo, 24 - 15781 Santiago de Compostela
Tel.: 981 54 16 01 - Fax: 981 54 16 10

Impresión: Offset Valladares, SL

ISSN: 1699-6755

ISBN: 84-692-1781-8

D. Legal: C 1289-2009

Este estudo pode consultarse igualmente no sitio web do Consello: <http://cgrl.xunta.es>

PRESENTACIÓN

O Pleno do Consello Galego de Relacións Laborais acordou, por unanimidade, a elaboración dun estudo en profundidade sobre os efectos da inmigración no mercado laboral galego. Postos mans á obra, delimitáronse todos aqueles conceptos de interese, así como aqueles elementos que os axentes sociais consideraron como necesarios para determinar a realidade da inmigración e os seus efectos no mercado laboral galego.

Certo é que a inmigración, que creceu exponencialmente nos últimos anos en España, tivo unha menor incidencia en Galicia, pero non o é menos que tamén aquí a incidencia foi máis que notable.

A análise da regulación na materia, as peculiaridades de contratación, de xornada, de desemprego e mesmo de salarios dos traballadores e traballadoras inmigrantes en Galicia son abordados de forma maxistral e con grande obxectividade ao longo deste estudo.

O estudo que aquí se presenta foi elaborado por un equipo de autores encabezado por Javier Gárate Castro, catedrático de Dereito do Traballo e Seguridade Social da Universidade de Santiago de Compostela, e persoa próxima ao Consello Galego de Relacións laborais dende a súa creación. Unha vez finalizado, foi presentado ao Pleno do Consello e aprobado por este, de modo unánime, merecendo unha valoración altamente positiva.

Como todos os estudos que elabora o Consello, nace cunha vocación de utilidade pública e coa finalidade de extraer unha foto fixa dun fenómeno que incide indubidablemente no noso mercado laboral.

Espero e desexo que sexa do agrado de todos os seus destinatarios, que non son outros que aqueles que teñen un interese nas relacións laborais galegas e na súa mellora.

Demetrio Fernández López
Presidente do Consello Galego de Relacións Laborais.

Os datos manexados para realizar o presente estudo, encargado polo **Pleno do Consello Galego de Relacións Laborais**, son anteriores ao 1 de novembro de 2008, data á cal se deberán entender referidos os resultados ofrecidos, que subscriben de forma conxunta os seguintes profesores:

- 1) JAVIER GÁRATE CASTRO, autor do capítulo VI e do apartado II.5 do capítulo IV e da redacción final dos apartados I e IV.1 do capítulo V, así como coordinador e supervisor do conxunto do estudo.
- 2) ÁNGELES CEINOS SUÁREZ, autora dos apartados II, III e IV do capítulo II; do capítulo III, agás o estudo estatístico; do capítulo IV, agás os apartados II.4 e 5 e o estudo estatístico; así como coautora do capítulo I e dos apartados I, III e IV.1 do capítulo V.
- 3) YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ, autora do apartado II.4 do capítulo IV e dos apartados II e IV.2 do capítulo V, así como coautora dos **anexos**.
- 4) JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO, autor do apartado I do capítulo II e do estudo estatístico realizado nos capítulos III e IV, así como coautor do capítulo I e dos **anexos**.

Presentación	5
Abreviaturas	15

CAPÍTULO I:

INTRODUCCIÓN

I. Introducción.....	19
II. Uns apuntamentos sobre a metodoloxía e a noción de estranxeiro.....	21
1. Precisións sobre a metodoloxía	21
2. Noción de estranxeiro.....	22
A) Noción única e diversidade de réximes xurídicos aplicables aos grupos de persoas comprendidas nela.....	22
B) "Traballador comunitario" e "traballador extracomunitario"..	23
III. Aspectos xerais do fenómeno inmigratorio en Galicia	25
1. Intensidade.....	25
2. Análise dos datos ofrecidos polo Padrón municipal	30

CAPÍTULO II:

MARCO NORMATIVO DA INMIGRACIÓN E ESTRANXEIRÍA

I. A intervención da Comunidade Europea	41
II. O protagonismo das normas estatais	47
III. A crecente intervención autonómica	49
IV. O papel, limitado, dos axentes sociais	57

CAPÍTULO III:

DEREITOS DOS ESTRANXEIROS

I. Modulación legal	61
II. Dereito á educación	63
III. Dereito á asistencia sanitaria	66
IV. Dereito á asistencia social e aos servizos sociais	68
V. Dereitos laborais	69
1. Identificación xeral	69
2. Os contratos de traballo de estranxeiros en Galicia	69
3. Os dereitos colectivos	77
VI. Dereito á seguridade social	80
1. Alcance	80
2. O caso particular da capitalización da prestación contributiva por desemprego	85
3. Impacto dos traballadores estranxeiros en Galicia sobre a seguridade social	86

CAPÍTULO IV.

CONDICIÓN PARA O TRABALLO DOS ESTRANXEIROS:
AS AUTORIZACIÓNS DE TRABALLO

I. A permanencia legal en España	95
II. Modalidades de autorización de traballo	98
1. Aspectos xerais	98
2. Autorización ordinaria ou tipo	102
3. Autorización para a realización de actividades de duración determinada	104
4. Autorización de traballo por conta propia ou allea para traballadores transfronteirizos	106
5. Autorización de residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos	109
A) Para comezar	109
B) Delimitación do suposto de feito obxecto da autorización de residencia e traballo contemplada	110
a) A temporalidade do desprazamento	111
b) Preexistencia dunha relación laboral entre o traballador desprazado e a empresa á que pertence	113
c) A relevancia da nacionalidade do traballador estranxeiro a desprazar e do Estado onde está establecida a empresa que pretende realizar o desprazamento	114
d) Actividade ou operación empresarial de carácter transnacional á cuxa cobertura servirá o desprazamento e conexión con España do destinatario da devandita actividade ou operación	119
1.d. Xeral	119
2.d. A exclusión dos desprazamentos que teñan como obxecto o desenvolvemento de actividades formativas ou afecten o persoal navegante das empresas da mariña mercante	121
e) Inexistencia do recoñecemento dunha excepción á autorización de traballo	123
C) Procedemento	123
a) Órgano ante o que debe ser presentada a solicitude de autorización	123
b) Documentación que debe acompañar a solicitude	124
c) Taxas	126
D) Requisitos, denegación e ámbitos da autorización. Efectos do correspondente visado	127
a) Requisitos e denegación	127
b) Ámbitos	129

c) Efectos do visado de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos	130
6. Outros instrumentos que habilitan para traballar	130
III. Distribución por sectores e ocupacións das autorizacións de traballo en Galicia	132
IV. Criterios de concesión da autorización de traballo: a situación nacional de emprego	137
V. Réxime do tránsito entre situacións administrativas	139
VI. Mecanismos especiais para a obtención da autorización de traballo	140
1. O sistema de continxente	141
2. A regularización de inmigrantes	149
A) Características xerais	149
B) Análise dos procesos de regularización	151
VII. Efectos da falta de autorización	157
1. Sobre o contrato de traballo	157
2. En materia de seguridade social	157

CAPÍTULO V.

RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE INMIGRACIÓN E ESTRANXEIRÍA

I. Responsabilidade administrativa do empregador	161
II. A intervención da Inspección de Traballo e Seguridade Social	165
1. En Galicia (ano 2007)	165
A) Número de actuacións practicadas	165
B) Sancións	167
2. Evolución das actuacións no período 2003-2007	168
A) Consideracións xerais	168
B) Número de infraccións "en acta"	168
C) Número de traballadores afectados polas infraccións	169
3. En comparación coas demais Comunidades Autónomas	170
A) Número de actuacións	170
B) Número de infraccións "en acta"	170
C) Número de traballadores afectados pola infracción	170
D) Importe das sancións	172
III. Responsabilidade administrativa dos propios traballadores (asalariados e autónomos)	173
IV. Responsabilidade penal	173
1. Réxime xurídico	173
2. Un apuntamento sobre a xurisprudencia galega	178
A) Sobre o emprego de traballadores estranxeiros sen o correspondente permiso de traballo	178
B) Sobre a conduta consistente en promover ou favorecer a inmigración clandestina de traballadores a España	180

AS CUESTIÓNS DE ESTRANXEIRÍA NA XURISPRUDENCIA DA SALA DO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA (1998-2008)	
I. Introducción	185
II. Sentenzas sobre decisións administrativas relativas ao réxime xurídico das situacións dos estranxeiros	186
1. En materia de autorizacións de traballo	186
A) Denegación da solicitude da autorización de traballo por conta allea por aconsellalo a situación nacional de emprego	187
B) Denegación da solicitude de autorización inicial de traballo por conta allea por falta de solvencia da empresa da que procede a correspondente oferta de traballo	193
C) Denegación da solicitude de autorización inicial de traballo por conta propia por non se acreditar investimento abondo e a potencial creación de emprego	194
D) Denegación da solicitude de traballo presentada no marco do procedemento de regularización previsto na disposición transitoria primeira da LOEX	195
E) Cuestións de procedemento	197
2. En materia de visados e autorizacións de residencia e tarxetas de residencia de familiar de cidadán da Unión	201
A) Falta de visado de residencia e inadmisión a trámite da solicitude de autorización de traballo	201
B) Autorización, por circunstancias excepcionais, de residencia temporal con exención de visado (actualmente, sen esixencia de visado)	202
a) Por implicar un perigo para a súa seguridade ou a da súa familia que o estranxeiro deba trasladarse, para os efectos de solicitar o visado, ao país do que é orixinario ou procede	203
b) Por razóns de interese público ou arraigamento	205
C) Os Tratados internacionais subscritos con outros Estados e os seus efectos para o acceso a unha autorización de residencia temporal sen necesidade de visado	206
D) Acceso á tarxeta de residencia de familiar cidadán da Unión por parte do cónxuxe extracomunitario de cidadán español, da súa parella de feito extracomunitaria ou do seu fillo de nacionalidade tamén extracomunitaria	208
E) Extinción da autorización de residencia temporal	214
III. Sentenzas sobre resolucións gubernativas (ou administrativas) sancionadoras	214
1. Expulsión do territorio español	217

A) Expulsión pola infracción consistente na permanencia irregular en España do cidadán estranxeiro [art. 53.a) da LOEX; art. 26.1.a) da Lei orgánica 7/1985]	218
B) Expulsión por condena motivada por conduta dolosa constitutiva de delito sancionado con pena privativa de liberdade superior a un ano [art. 57.2 da LOEX; art. 26.1.d) da Lei orgánica 7/1985]]	225
C) Expulsión acordada no ámbito das previsións do art. 89 do Código penal, por condena do estranxeiro non residente legalmente en España a pena privativa de liberdade inferior a seis anos	227
D) Cuestións de procedemento e competencia xurisdiccional	228
2. Sanción pecuniaria por promover, favorecer, amparar ou facilitar a permanencia clandestina do estranxeiro no territorio español [art. 54.1.b) e a LOEX; art. 35.3 da Lei orgánica 7/1985 e art. 98.10 do REX/1996]	231
3. Sanción pecuniaria por contratación de traballadores estranxeiros sen obter previamente a correspondente autorización de traballo [art. 54.1.d) da LOEX; art. 28.1 da Lei orgánica 7/1985] ou a súa renovación (art. 37.1 da LIS)	240
4. Sanción pecuniaria ao estranxeiro pola omisión ou o atraso na comunicación dos cambios que afecten o seu domicilio ou a súa situación laboral [art. 52.a) da LOEX; art. 25.2 da Lei orgánica 7/1985 e art. 98.11 do REX/1996]	247

Anexo I:

<i>Ocupacións recollidas no catálogo de ocupacións de difícil cobertura (2005-2008)</i>	249
---	-----

Anexo II:

<i>Ocupacións incluídas no continxente de traballadores estranxeiros (2002-2008)</i>	279
--	-----

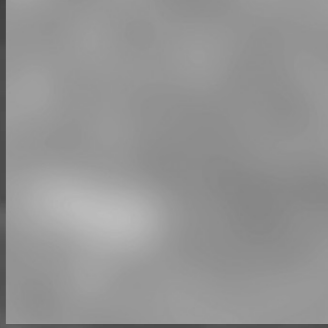
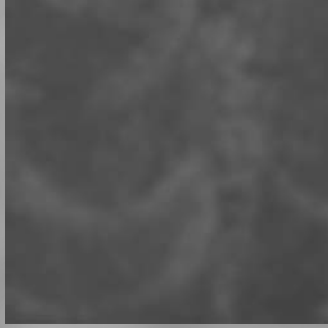
ABREVIATURAS

AELC	Asociación Europea de Libre Comercio.
Ar.	<i>Repertorio de xurisprudencia</i> , de Aranzadi.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española do 27 de decembro de 1978.
CP	Código Penal, aprobado pola Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
EPA	Enquisa de poboación activa.
ET	Texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
LDT	Lei 45/1999, do 29 de novembro, sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional.
LETT	Lei 14/1994, do 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal.
LGSS	Texto refundido da Lei xeral da seguridade social, aprobado polo Real Decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño.
LIS	Texto refundido da Lei de infraccións e sancións na orde social, aprobada polo Real Decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto.
LIT	Lei 42/1997, do 14 de novembro, ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social.
LOEX	Lei orgánica 4/2000, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, sucesivamente modificada polas Leis orgánicas 8/2000, do 22 de decembro, 11/2003, do 29 de setembro, e 14/2003, do 20 de novembro.
LOLS	Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical.
MTAS	Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais.
MTIN	Ministerio de Traballo e Inmigración.

OCDE	Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico.
OIT	Organización Internacional do Traballo.
PIB	Produto interior bruto.
RD	Real Decreto.
REX	Regulamento da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, aprobado polo Real Decreto 2393/2004.
REX/2001	Regulamento da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, reformada pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro, aprobado polo Real Decreto 864/2001, do 20 de xullo.
REX/1996	Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España, aprobado polo Real Decreto 155/1996, do 2 de febreiro.
RJCA	<i>Repertorio de xurisprudencia contencioso-administrativo</i> de Aranzadi.
STC	Sentenza do Tribunal Constitucional.
STS	Sentenza do Tribunal Supremo, da sala en cada caso indicada.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado da Comunidade Europea.
TJCE	Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Xustiza.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN



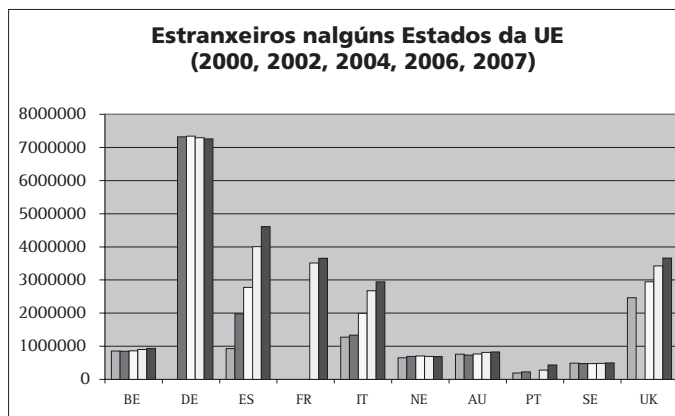
SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. -II. UNS APUNTAMENTOS SOBRE A METODOLOXÍA E A NOCIÓN DE ESTRANXEIRO: 1. *Precisións sobre a metodoloxía*; 2. *Noción de estranxeiro: A) Noción única e diversidade de réximes xurídicos aplicables aos grupos de persoas comprendidas nela; B) "Traballador comunitario" e "traballador extracomunitario"*. -**III. ASPECTOS XERAIS DO FENÓMENO INMIGRATORIO EN GALICIA:** 1. *Intensidade*; 2. *Análise dos datos ofrecidos polo Padrón municipal*

I. INTRODUCCIÓN

España sufriu unha importante transformación en materia inmigratoria nas últimas décadas. De ser un país de forte emigración, pasou a experimentar, nos últimos dez anos, un gran crecemento da porcentaxe de poboación inmigrante. Os factores que contribuíron a esta nova realidade son varios. Entre eles hai que destacar a nosa incorporación á Comunidade Europea, que levou consigo unha mellora da situación económica e a conseguinte creación de emprego; iso fixo de España un destino máis atractivo para os inmigrantes que pretenden obter un posto de traballo. Así mesmo, non se pode perder de vista a importante influencia da súa situación xeográfica, que a converte na porta de entrada a Europa, principalmente para as persoas procedentes do continente africano. Por último, non cabe deixar de traer a colación a afinidade idiomática que comparte cun considerable número de países a situación económica dos cales é crítica; tal circunstancia ou factor contribúe, sen dúbida, a que se pasara a ser o destino natural dunha elevada porcentaxe de persoas procedentes daqueles.

Dentro do marco europeo, a referida transformación supera á que afecta a outros Estados. Se se observan as series temporais dende o ano 2000, correspondentes aos Estados da Unión Europea de maior tamaño e presenza de estranxeiros, descóbrese un vertixinoso crecemento da poboación inmigrante en España, o cal é, ademais, o máis notable de todos os Estados considerados. Dende o ano 1997, España recibiu maior número de estranxeiros que calquera outro Estado da Unión Europea¹. Fronte á estabilidade da poboación estranxeira en Alemaña, a máis numerosa de toda Europa, conséntase un forte ascenso na zona sur de Europa², así como no Reino Unido³.



CADRO 1. Fonte: Eurostat. Elaboración propia.

1. R. SANDELL: "Inmigración: diferencias a nivel mundial", Análisis del Real Instituto Elcano, 47, 2007.
2. Os datos gregos en Eurostat son demasiado incompletos para poder completar este panorama.
3. O non excesivamente elevado número total de estranxeiros no Reino Unido compréndese tendo en conta a especial definición de "estranxeiro" que emprega a lexislación británica, que utiliza figuras singulares para os países membros da Commonwealth ou antigos membros do Imperio Británico na *British Nationality Act*, de 1981.

Con carácter xeral as migracións xeran problemas para a organización social, económica e política dos países afectados, sobre todo cando a afluencia de persoas é cuantiosa e se produce á marxe das canles legais establecidas para controlar os fluxos migratorios. Dende esta perspectiva, fórmulanse cuestións de diversa índole, sempre de relevancia social⁴, como, sinaladamente, a necesidade de protexer ou non o mercado nacional de traballo, a existencia de servizos públicos suficientes para a poboación inmigrante, a seguridade e a orde pública, no sentido de que poden quedar afectados os modos de vida e os criterios culturais do país de recepción, ou, en fin, a necesidade de deseñar fórmulas apropiadas para conseguir a integración dos inmigrantes⁵.

De todas as cuestións indicadas, a que ten unha transcendencia laboral máis directa é a que afecta ao mercado de traballo, que conduce, de modo inmediato, a dilucidar se é necesaria a intervención ou, pola contra, resulta máis apropiada a ausencia absoluta de regras, a cal implicaría, obviamente, unha liberdade total de movementos. Esta segunda opción, baseada nunha especie de dereito natural a emigrar, suporía que calquera persoa, polo feito de selo, tería liberdade para instalarse e traballar no país que considerase oportuno e no que puidese obter un maior rendemento polo seu traballo. Polo xeral, os Estados non aceptan semellante opción. Defenden a contraria, que parte da aplicación de controis sobre a entrada e permanencia das persoas procedentes doutros Estados.

En definitiva, atopámonos cunha materia sometida a intervención e control por parte dos Estados. Neste sentido, un dos obxectivos do presente informe é poñer de manifesto en que termos se leva a cabo o devandito control. Para iso, resulta necesario, en primeiro lugar, saber que suxeitos deseñan os aludidos mecanismos de intervención e control. En segundo lugar, é preciso coñecer que fórmulas se utilizan ao respecto. En terceiro lugar, deben determinarse as consecuencias da inobservancia daqueles controis do fenómeno migratorio. O tratamento de tales aspectos comprende o das especialidades que se detectaron na Comunidade Autónoma de Galicia, tanto dende a perspectiva da actuación administrativa coma en relación cos datos que bota o exame das estatísticas.

4. Véxanse as conclusións do *Informe sobre la inclusión social en España 2008*, do Observatorio sobre a inclusión social de Caixa Catalunya, nas que se manifesta (páx. 58) que "esta aproximación ao fenómeno da inmigración reflexa de forma clara que as persoas estranxeiras non europeas son máis pobres, se concentran en modalidades de pobreza máis extrema, teñen maiores dificultades económicas nos seus fogares, os seus fillos/as están máis expostos a condicións de pobreza que poden afectar negativamente ás súas oportunidades vitais, e adoitan traballar en empregos de peor calidade. Esta primeira aproximación ao tema revela, por un lado, o risco de fractura social que hai detrás destas desigualdades e, por outro, a necesidade de tratar este aspecto con maior profundidade e con datos que permitan extraer conclusións específicas sobre os distintos grupos que compoñen a poboación inmigrante".

5. O punto de vista empresarial no *Informe 2008 sobre la confianza social en las empresas españolas*, da Fundación Alternativas, páx. 161: "A integración laboral é clave para o benestar dos traballadores emigrados. O dominio do idioma, o coñecemento dos costumes, a retribución axeitada e o recoñecemento do mérito son factores que se atribúen como principais na sensación de integración. As empresas enfróntanse ante a situación de integrar grupos de moi distintas nacionalidades onde o coñecemento específico e a atención persoal son claves para o éxito".

II. UNS APUNTES SOBRE A METODOLOXÍA E A NOCIÓN DE ESTRANXEIRO

1. Precisións sobre a metodoloxía

Examinar a realidade estatística da presenza de estranxeiros en Galicia é unha tarefa lastrada por diversos factores. En primeiro lugar, figura a variedade de fontes de información empregadas, procedentes do *Instituto Nacional de Estadística*, do *Ministerio de Trabajo e Inmigración* e, en especial, da *Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración*, da antiga *Delegación do Goberno para a Estranxeiría e a Inmigración* ou de *Eurostat*. Tales fontes, de indiscutible riqueza, non están coordinadas entre si e poden levar, en ocasións, a conclusións paradoxais ou enfrontadas.

En segundo lugar, os datos proporcionados polas anteriores fontes non son todo o próximos no tempo que sería desexable nin tampouco son harmónicos. Sirva como exemplo o *Padrón municipal de habitantes*, elaborado polo INE. Os datos manexados para a elaboración deste informe, que corresponden aos definitivos máis recentes, son do 1 de xaneiro de 2007. En contraste, os últimos datos do Ministerio de Trabajo e Inmigración apareceron en outubro de 2008, o cal, aínda que permite unha análise moito máis próxima deles, fai imposible a súa comparación eficaz cos do citado Padrón municipal.

Por último, debe recordarse que a cuestión da inmigración está moi escurecida pola dimensión da presenza "ilegal" ou irregular de estranxeiros en España. Os datos aos que se vén facendo referencia revelan as realidades oficiais; non reflicten a elevada inmigración ilegal, que, aínda que rebaixada a través dos distintos e sucesivos procesos de regularización dos últimos anos, segue compoñendo unha zona escura onde as estatísticas non penetran. Compréndese entón o certo grao de inexactitude que pesará sempre sobre un estudo das características do que aquí se realiza.

Á hora de ofrecer os resultados que botan as fontes de información manexadas, creuse preferible tratar, en primeiro lugar, os extraíbles do estudo do Padrón municipal do ano 2007. Tamén se teñen en conta os deducibles dos "Avances de explotación" correspondentes a 1 de xaneiro de 2008; non obstante, empréganse como complemento e non como material central de estudo, pola súa falta de fiabilidade e de detalle en relación co Padrón definitivo. A análise realizada pretende achegar luz sobre a situación global da presenza de estranxeiros en Galicia, con independencia da súa situación de residencia ou laboral; trátase de facilitar información útil sobre o seu número, a súa procedencia e a súa distribución por sexos e idades, comparando sempre os datos co total nacional. A continuación, examínanse os datos do Ministerio de Trabajo e Inmigración e da Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración, cuxa conexión co mercado de traballo é moito máis próxima ou directa. A partir deles proporcionarase información que inclúe, entre outros aspectos, a distribución entre os que se atopan suxeitos ao "réxime comunitario" e ao da LOEX ou a poboación estranxeira que reside de forma legal ou regular en Galicia e pode acceder a unha autorización de traballo. A apuntada separación da información segundo que corresponda ás persoas suxeitas ao réxime comunitario ou ás suxeitas ao réxime da LOEX non é sempre posible, pois, a miúdo, os datos oficiais non distinguen entre un e outro grupo e se refiren á poboación estranxeira, sen máis.

2. Noción de estranxeiro

A) Noción única e diversidade de réximes xurídicos aplicables aos grupos de persoas comprendidas nela

Antes de entrar nos contidos substantivos deste capítulo é necesario concretar o ámbito sobre o que se proxecta o marco normativo da inmigración e estranxeiría, constituído, principalmente, pola LOEX e o REX. A indicada tarefa leva a determinar a quen vai referida a expresión "estranxeiro" manexada no presente estudo, para o cal debe partirse da definición que proporciona o art. 1 da LOEX aos efectos da aplicación da regulación que contén. De acordo co apartado primeiro do devandito artigo, estranxeiro é "aquela persoa que carece da nacionalidade española". Trátase dunha noción sinxela e, en certo modo, incompleta, no sentido de que para coñecer os criterios que permiten saber se se ten ou non a nacionalidade española é necesario acudir a outras normas. Así mesmo, é unha noción única, aplicable a toda persoa que reúna a característica sinalada, con independencia da súa procedencia ou do motivo de chegada a España.

Aínda que o obxectivo perseguido por quen non ten a nacionalidade española non teña transcendencia na noción xenérica de estranxeiro da LOEX, neste estudo terase en consideración tal circunstancia. En concreto, a nosa atención céntrase na persoa que non posúe a nacionalidade española e chega a España cunha finalidade moi concreta: a de traballar. Noutros termos, tomamos como referencia principal o "traballador migrante", denominación que utiliza o convenio 97 da OIT, que identifica a aquel con toda persoa que emigra dun país a outro para ocupar un emprego, que non haberá de exercer pola súa propia conta, así como con calquera persoa "normalmente admitida como tal", expresión esta última substituída no convenio 143 da OIT pola de "toda persoa admitida regularmente como traballador migrante". A referencia á situación de regularidade do traballador introduce nesta noción un elemento cualitativo moi importante que conduce aos ordenamentos nacionais; os requisitos que un estranxeiro ha de cumprir para que a súa permanencia nun determinado Estado teña esa consideración de regular son establecidos, polo menos ata agora, por normas estatais. Polo demais, aquela expresión tamén aparece recollida no Convenio Europeo relativo ao Estatuto xurídico do traballador emigrante cuxo art. 1 pon de manifesto que "traballador migrante" é o súbdito dunha Parte contratante que fose autorizado por outra Parte contratante a permanecer no seu territorio para desempeñar nel un traballo remunerado.

A comentada expresión aparece igualmente empregada na normativa procedente da Comunidade Europea, que perseguiu, dende o seu nacemento, a creación dun mercado único tamén en materia de emprego, para cuxa consecución foi necesario facilitar o tránsito dos traballadores dun país a outro. As disposicións referidas aos traballadores que "circulan" nese mercado comezaron a recibir o nome de "normas relativas a traballadores migrantes". Agora ben, á marxe de cuestións terminolóxicas, o certo é que a creación do referido mercado único deu lugar ao recoñecemento expreso dun dereito pleno á libre circulación sen posibilidade de discriminación, o que permite diferenciar entre o traballador dun país comunitario e o traballador dun terceiro Estado, como se verá máis adiante.

Outra das expresións usadas para designar ao traballador estranxeiro é a de "traballa-

dor desprazado”, que presenta, polo menos, dous sentidos moi diferentes, aínda que os dous referidos a persoas que van dun Estado a outro por razón de traballo ou de mellora das súas condicións de vida. No seu sentido máis técnico, traballador desprazado é o que vai traballar a outro Estado por encarga da súa empresa e, normalmente, con carácter temporal. Esta é a versión que interesa, por exemplo, ao Dereito comunitario, para o que “traballador desprazado” é todo traballador que realiza o seu traballo, durante un período limitado, no territorio dun Estado membro distinto daquel no territorio da cal traballa de forma habitual. En cambio, no seu sentido máis amplo, desprazado é o que se traslada dun Estado a outro por razóns políticas ou sociais (conflictos bélicos, problemas políticos, persecucións ideolóxicas), de modo que o móbil do desprazamento non é necesariamente o traballo; aínda así, é indubidable que cando se chega a outro Estado a busca de emprego se converte nunha preocupación básica. Os desprazamentos agora considerados son propios de persoas que solicitan a entrada no país de destino por vías preferentes (asilo, razóns humanitarias) e, por iso, o seu réxime xurídico presenta diversas particularidades.

O manifestado ata agora pon xa de relevo que, aínda sendo unha soa a noción de estranxeiro, o réxime xurídico susceptible de ser aplicado a quen non ostenta a nacionalidade española difire en función de diversas circunstancias. Unha primeira aproximación á LOEX permite distinguir, aínda que sexa de forma provisional, entre: 1) o réxime xurídico aplicable aos traballadores comunitarios, que se basea no principio de libre circulación e, en consecuencia, se traduce na inexistencia de restricións á hora de circular, residir e traballar no espazo comunitario; 2) o réxime xurídico aplicable ao persoal diplomático, que, debido á súa peculiar actividade, conta co seu propio estatuto xurídico recollido en normas de carácter internacional; 3) o réxime xurídico aplicable ás situacións nas que concorren determinadas circunstancias de carácter persoal, como a condición de refuxiado; e 4) o réxime xurídico que se aplica aos nacionais de terceiros Estados, dentro do cal existen, á súa vez, regras diferenciadas que se aplican en función do tipo de actividade que se vai desenvolver ou do motivo polo cal se permanece no país, como terá ocasión de comprobarse máis adiante.

Esa variedade de réximes xurídicos proporciona unha idea aproximada das diferentes situacións nas que se pode atopar un estranxeiro, as cales non modifican en absoluto a noción de traballador estranxeiro que, polo que aquí interesa, é quen presta servizos en España e non conta coa nacionalidade española. Agora ben, a variedade de circunstancias susceptibles de concorrer en cada caso, tanto de carácter obxectivo como subxectivo, permite falar, dun lado, de diferentes réximes xurídicos, cuxa regulación se atopa nuns casos na LOEX e noutros fóra dela; e, doutro, complica a tarefa á hora de estudar e analizar a materia, segundo se descubrirá ao longo das páxinas seguintes.

B) “Traballador comunitario” e “traballador extracomunitario”

Aínda que o art. 1 da LOEX considera estranxeiros, aos efectos da súa aplicación, aos que carezan da nacionalidade española, os seus preceptos non se aplican, salvo nos aspectos en que poidan serlles máis favorables, aos cidadáns nacionais dos Estados membros da Unión Europea e asimilados, que quedan sometidos a un tratamento particular, privilexiado, caracterizado pola inexistencia de obstáculos á hora de ingresar no mer-

cado de traballo. Así o dispón o citado artigo, no seu apartado terceiro. O devandito grupo de persoas réxese por un réxime caracterizado por impoñer a libre circulación de persoas e proscribir a discriminación baseada na nacionalidade, o cal equipara a aqueles aos españois en canto ao seu acceso e participación no mercado de traballo.

O réxime de permanencia en España e de autorizacións de traballo previsto na LOEX e desenvolvido no REX aplícase, pois, só aos que non ostenten a nacionalidade dun Estado membro da Unión Europea ou asimilado. Dito doutra forma, con carácter xeral, a normativa de estranxeiría aplícase aos nacionais de "terceiros Estados"; non aos nacionais de Alemaña, Austria, Bulgaria, Bélxica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romanía e Suecia, todos eles Estados membros da Unión Europea. Así mesmo, tampouco se aplica aquela aos nacionais de Noruega, Islandia e Liechtenstein, que figuran suxeitos ao réxime comunitario en virtude do art. 28 do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, asinado entre eles e a Unión Europea; nin aos nacionais de Suíza, cuxa suxeición ao réxime comunitario é froito dos acordos celebrados entre a Confederación Helvética e a Unión Europea, do 21 de xuño de 1999.

O grupo de persoas que gozan do réxime comunitario non remata nas que son nacionais dos Estados indicados. Tamén figuran incluídos no devandito réxime os nacionais de terceiros Estados que manteñan certos vínculos de parentesco cun cidadán comunitario. A norma de referencia é, neste caso, o Real Decreto 240/2007, do 16 de febreiro, relativo á entrada, libre circulación e residencia en España de cidadáns dos Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, o cal dispón, no seu art. 2, que a regulación que contén se aplica, "calquera que sexa a súa nacionalidade", aos familiares do nacional dun Estado membro da Unión Europea ou dun Estado parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo. Por esta vía, quedan suxeitos á expresada regulación os seguintes familiares daquel:

- 1) O seu cónxuxe, sempre que non recaera o acordo ou a declaración de nulidade do vínculo matrimonial, divorcio ou separación legal".
- 2) A parella coa que "manteña unha unión análoga á conxugal inscrita nun rexistro público establecido a eses efectos nun Estado membro da Unión Europea ou nun Estado parte no Espazo Económico Europeo, que impida a posibilidade de dous rexistros simultáneos no devandito Estado, e sempre que non se cancelara a devandita inscrición, o que deberá ser suficientemente acreditado. As situacións de matrimonio e inscrición como parella rexistrada consideraranse, en todo caso, incompatibles entre si".
- 3) "Os seus descendentes directos" e os do seu "cónxuxe ou parella rexistrada sempre que non recaera o acordo ou a declaración de nulidade do vínculo matrimonial, divorcio ou separación legal, ou se cancelara a inscrición rexistral de parella, que sexan menores de vinte e un anos, ou maiores da devandita idade que vivan ao seu cargo ou incapaces".
- 4) "Os seus ascendentes directos" e os do seu "cónxuxe ou parella rexistrada que

vivan ao seu cargo, sempre que non recaera o acordo ou a declaración de nulidade do vínculo matrimonial, divorcio ou separación legal, ou se cancelara a inscrición rexistral de parella”.

En contraposición, aos nacionais ou familiares de nacionais de Estados alleos á Unión Europea que non cumpran ningunha das condicións salientadas e que pretendan entrar no espazo comunitario coa mesma finalidade adoita denominárselles “traballadores extracomunitarios” ou “nacionais dun terceiro Estado”, aos cales atende, principalmente, este estudo, sen que iso sirva para perder de referencia a importante presenza de traballadores comunitarios no mercado de traballo de Galicia. O réxime xurídico ao que se atopa sometido aquel grupo de persoas en nada parécese ao que corresponde aos nacionais dos Estados membros da Unión Europea e asimilados.

III. ASPECTOS XERAIS DO FENÓMENO INMIGRATORIO EN GALICIA

1. Intensidade

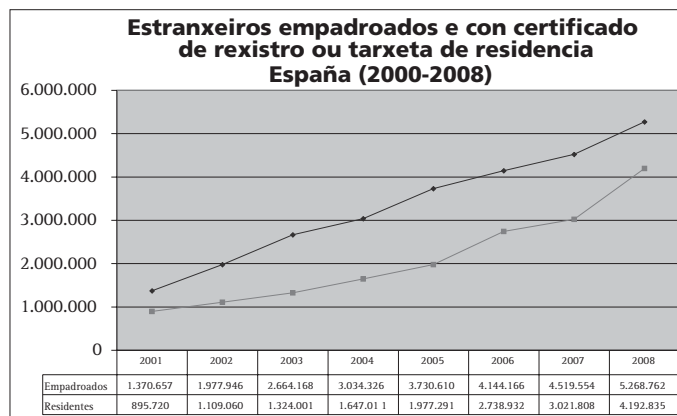
É amplamente coñecido que o número de estranxeiros en España aumentou moi considerablemente nos últimos anos. Pois ben, a análise da situación non pode prescindir de reparar nos datos diverxentes que mostran o Padrón municipal e o número de autorizacións de residencia (véxase *cadro 2*). No Padrón municipal deben estar inscritos todos os veciños do municipio⁶, entre os que se atopan, claro está, os estranxeiros, contén ou non con residencia legal en España; a devandita inscrición non constitúe proba da súa residencia legal nin supón unha atribución de dereitos, salvo que así o estableza a lexislación de estranxeiría⁷, como sucede, por exemplo, en materia do dereito á asistencia sanitaria⁸. En cambio, a autorización de residencia, na súa modalidade temporal ou permanente, permite residir en España por tempo superior a noventa días e inferior a cinco anos, no primeiro caso, ou de forma indefinida, no segundo, como se exporá con maior detalle no capítulo IV. Padrón municipal e autorizacións de residencia difiren nos seus requisitos e consecuencias; neste sentido, resulta moito máis doado o acceso ao padrón que á situación de residencia⁹.

6. Os arts. 15, 16 e 17 da Lei de bases do réxime local fan referencia aos suxeitos que compoñen o padrón municipal, así como aos suxeitos que se encargan de elaboralo e de custodialo. Véxase J. L. RIVERO YSERN: *Manual de Derecho Local*, 3ª edición, Civitas (Madrid, 1997), pág. 94.

7. Así art. 18.2 da Lei de bases do réxime local establece: “a inscrición dos estranxeiros no Padrón municipal non constituirá proba da súa residencia legal en España nin lles atribuirá ningún dereito que non lles confira a lexislación vixente, especialmente en materia de dereitos e liberdades dos estranxeiros en España”.

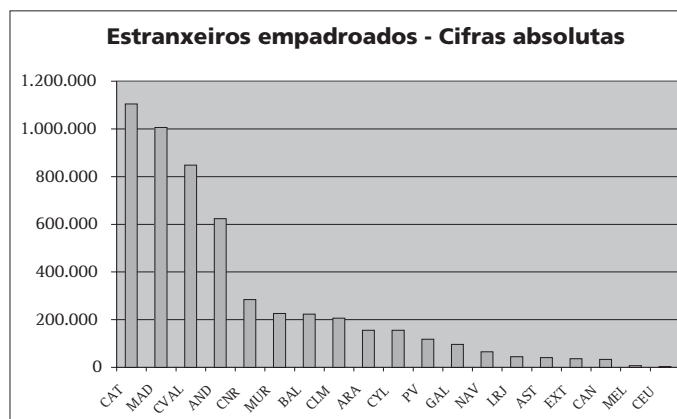
8. Na súa primeira versión, a LOEX utilizaba a condición de empadroadado para recoñecer o dereito ás axudas en materia de vivenda. De acordo coa versión inicial do art. 13 do devandito texto legal (a procedente da Lei 4/2000), os estranxeiros residentes e os que se atopasen en España inscritos no padrón do municipio no que residisen habitualmente terían dereito “a acceder ao sistema público de axudas en materia de vivenda nas mesmas condicións que os españois”. Véxase A. SOLANES CORELLA: “El padrón municipal como mecanismo de inclusión de los extranjeros indocumentados”, AA.VV. *Nuevas perspectivas del régimen local, Estudios en homenaje al Profesor José M^a Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), páxs. 1032 e sigs.

9. Aínda que algún estudoso (R. SANDELL: “La inmigración en España: ¿problema u oportunidad?”, Análisis del Real Instituto Elcano, 13, 2005) propón utilizar a diferenza entre estranxeiros empadroados e residentes para os efectos dunha estimación orientativa da inmigración ilegal, iso non abonda, pois tamén hai que contar cos que nin sequera están empadroados.



CADRO 2. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal*, 2001-2008); Delegación do Goberno para a estranxeiría e a inmigración (*Anuario estadístico de estranxeiría* 2001-2003); Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Anuario estadístico de inmigración* 2004-2007); Observatorio permanente para a inmigración (2008). Elaboración propia.

A repartición da poboación de estranxeiros entre as distintas Comunidades Autónomas non é uniforme. O 70 por cento daqueles concéntrase en catro Comunidades Autónomas. Polo que respecta a Galicia, a presenza daqueles é modesta, ascendendo 95.568; isto é, un 2 por cento do total¹⁰. O peso relativo desta poboación dentro de cada Comunidade Autónoma varía significativamente fronte ao total absoluto. Aínda que Cataluña, Madrid e a Comunidade Valenciana mantéñense dentro dos cinco primeiros postos, resulta rechamante a situación de Comunidades Autónomas pequenas, como Baleares, Murcia ou A Rioxa.

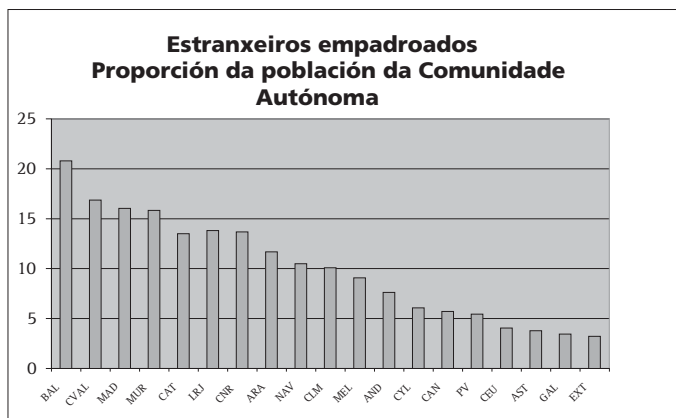


CADRO 3. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.

10. O "Avance de explotación" de 2008 ofrece a cifra provisional de 95.122, un crecemento do 16'8 por cento fronte ás cifras do ano 2007.

O caso de Galicia tamén esperta atención, por canto pasa a ocupar a penúltima praza, só por diante de Estremadura. Conforme aos datos manexados, os estranxeiros empadroados naquela supoñían no ano 2008 o 3,43 por cento da poboación total da Comunidade Autónoma¹¹, máis de seis veces menos que en Baleares (véxase *cadro 4*).

É difícil obter destes datos unha regra de conduta da inmigración en España que sexa aplicable a todas as Comunidades Autónomas. É certo que os criterios de poboación total parecen ter unha marcada influencia sobre o número de estranxeiros; así, as catro Comunidades Autónomas máis poboadas -Andalucía, Cataluña, Madrid e Comunidade Valenciana- son as que contan con maior número de estranxeiros. Non obstante, non hai unha correlación exacta entre ambos os dous factores nin a tendencia é trasladable ás restantes Comunidades.



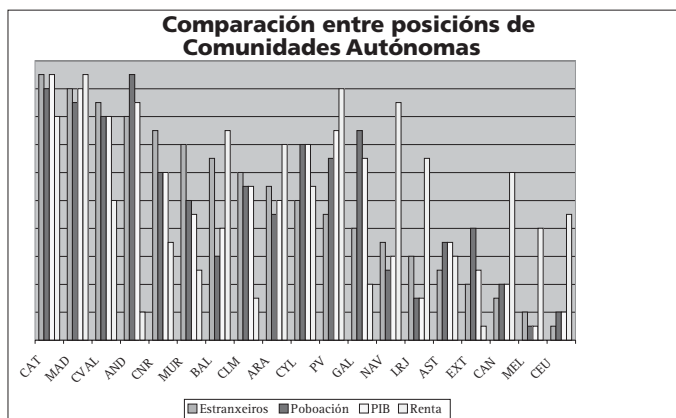
CADRO 4. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal, 2008*). Elaboración propia.

As catro Comunidades Autónomas ás que se acaba de facer referencia son tamén as que presentan un produto interior bruto máis elevado. Non obstante, tal dato non é fiable en relación coas restantes Comunidades Autónomas, pois, con carácter xeral, existen algunhas diferenzas entre o peso da poboación e o PIB; precisamente, Galicia acusa unha das desviacións máis notables onde non se dá esa correlación entre o PIB e unha maior poboación¹². Así mesmo, non se pode apreciar unha correlación clara entre o PIB da Comunidade Autónoma e a presenza de estranxeiros nela; Galicia volve acusar aquí outra das desviacións máis significativas, só por detrás do País Vasco. Outra posible va-

11. O "Avance de explotación" do ano 2008 recalcula a porcentaxe ao 3'4 por cento.

12. A circunstancia pódese poñer en relación coa seguinte valoración sindical, recollida en *La Opinión de A Coruña*, do 21 de xaneiro de 2007: "En declaracións a Europa Press, os sindicatos UGT, CCOO e CIG coincidiron en atribuír este reducido número de traballadores estranxeiros en Galicia a que non conta cun mercado laboral atractivo, xa que é unha das comunidades co salario máis baixo e rexistra un alto índice de precariedade e de paro. «Oxalá que algún día corran todos a Galicia, iso significaría que temos uns soldos e unhas condicións laborais marabillosas», aseverou Carmen Brea, algo que confirmou Xurxo Martínez, responsable de CIG-inmigración, quen advertiu de que o mercado laboral é tan trágico que entre 1992 e 2002 «127.000 galegos se viron obrigados a emigrar a outras comunidades»".

riable que podería xustificar as tendencias no asentamento da poboación estranxeira, que é a do ingreso medio por habitante, debe ser descartada pola falta de vinculación co número de estranxeiros na Comunidade Autónoma. En conclusión, fóra do patrón que representa que o principal fluxo de estranxeiros se dirixa cara ás catro Comunidades Autónomas máis poboadas e con maior PIB, non é posible extraer ningunha regra que oriente con certeza a distribución da poboación estranxeira entre as restantes Comunidades Autónomas.



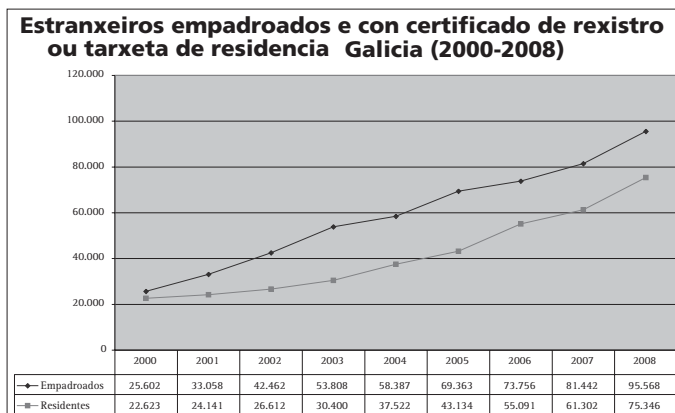
CADRO 5. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia¹³.

En calquera caso, é incontestable o reducido peso da inmigración en Galicia dentro do total nacional, o posto duodécimo en termos absolutos e o décimo en termos relativos. Compárese este dato coas dúas magnitudes ás que se recoñeceu certa validez anteriormente: por volume de poboación, Galicia é a quinta Comunidade Autónoma máis poboadada; por PIB, a sétima. A inmigración cara a ela é, polo tanto, moi inferior á que debería existir en función de tales circunstancias. O único exemplo similar de inmigración por debaixo do previsible é o País Vasco. Dado que Cataluña, a Comunidade Valenciana e Baleares tamén teñen linguas cooficiais e figuran entre os principais destinos inmigratorios, en principio o factor lingüístico, único aparente de coincidencia entre Galicia e o País Vasco, non debería ser tido en conta á hora de explicar as preferencias dos estranxeiros.

A pesar da súa posición no que respecta á inmigración, o crecemento experimentado por esta en España tamén se deixa sentir en Galicia. Iso si, non foi tan acusado como no conxunto do territorio nacional. O número total de estranxeiros empadroados en Galicia triplicouse, en contraste con a case quintuplicación nacional. Por outro lado, o número de estranxeiros con tarxeta ou permiso de residencia aumentou en Galicia nunha proporción bastante similar á de empadroados, aínda que sempre inferior (véxase *cadro 6*). A diferenza do que acaeceu no conxunto de España, o oco entre ambas as dúas ca-

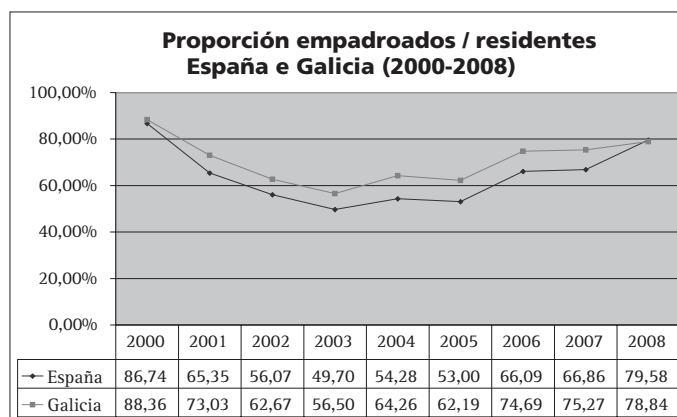
13. As barras reflicten, en modo decrecente, a posición relativa de cada Comunidade Autónoma en número de estranxeiros, poboación total, renda por habitante e PIB.

tegorías é menor en Galicia, habendo unha maior proporción de residentes sobre o total da poboación que se sitúa nunha media de 7,36 puntos entre os anos 2000 e 2007, unha situación que deixaría de producirse no ano 2008, segundo mostran os correspondentes datos provisionais. Á vista do indicado cabe concluír que a inmigración en Galicia foi, ata 2008, máis regular que no conxunto de España (véxase *cadro 7*).



CADRO 6. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal, 2001-2008*); Delegación do Goberno para a e a inmigración (*Anuario estadístico de estranxeiría 2001-2003*); Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Anuario estadístico de inmigración 2004-2007*); Observatorio permanente para a inmigración (2008). Elaboración propia.

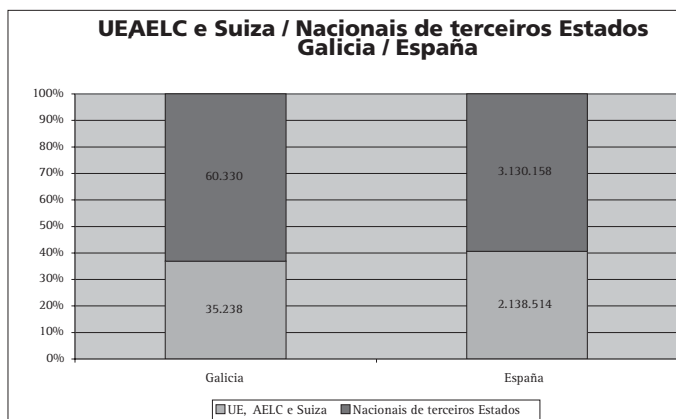
Proporcionalmente, co paso do tempo foise rexistrando un descenso considerable da participación galega no conxunto da poboación estranxeira en España. Cos últimos datos, do ano 2008, en torno ao 2 por cento dos estranxeiros rexistrados dunha ou outra forma en España atópanse en Galicia, fronte a case o 3 por cento que do ano 2000.



CADRO 7. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal, 2001-2008*); Delegación do Goberno para a e a inmigración (*Anuario estadístico de estranxeiría 2001-2003*); Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Anuario estadístico de inmigración 2004-2007*); Observatorio permanente para a inmigración (2008). Elaboración propia.

2. Análise dos datos ofrecidos polo Padrón municipal

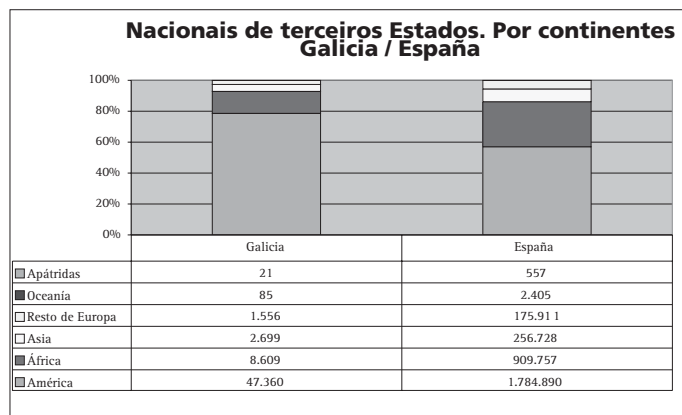
Para completar este panorama xeral da presenza de estranxeiros empadroados en Galicia examínanse aquí os datos correspondentes aos 95.568 a que ascendían o 1 de xaneiro de 2008 segundo o Padrón municipal elaborado polo INE. Dese número, pertencen á categoría de "nacionais comunitarios" 35.238, algo máis, pois, da terceira parte do total dos estranxeiros empadroados. En comparación co total de España, destaca a menor presenza relativa daqueles; en concreto, o indicado número representa, aproximadamente, o 37 por cento fronte ao 40 por cento do total no conxunto de España. A proximidade xeográfica con Portugal e a facilidade das comunicacións, que favorecen o traballo transfronteirizo¹⁴, son factores que poden influír nesa menor proporción de cidadáns comunitarios empadroados na Comunidade Autónoma.



CADRO 8. Fonte: INE (*Explotación estatística do Padrón municipal, 2008*). Elaboración propia.

Os "extracomunitarios" supoñen, pois, os dous terzos da poboación estranxeira empadroada en Galicia: 60.330 persoas. Deles, a maior parte proveñen de América. Se ben a orde de importancia dos continentes é a mesma que para toda España, a proporción de americanos é superior en case 20 puntos á cifra do conxunto de España e, en consecuencia, a proporción dos que proceden dos restantes continentes é moito máis reducida; en comparación cos de América, a porcentaxe dos estranxeiros que proceden dos demais continentes diminúe case á metade (véxase *cadro 9*). A inmigración cara a Galicia, polo tanto, ten características propias relevantes en canto á procedencia xeográfica dos seus protagonistas. Unha posible explicación para este elevado fluxo dende América pode deberse á presenza de emigrantes galegos no devandito continente, os cales, ao retornar á súa orixe, traerían con eles persoas doutras nacionalidades, cónxuxes ou descendentes. Así mesmo, a existencia de vínculos de amizade ou afectivos podería ser outro dos factores que axudaría a esa máis alta chegada a Galicia de estranxeiros americanos.

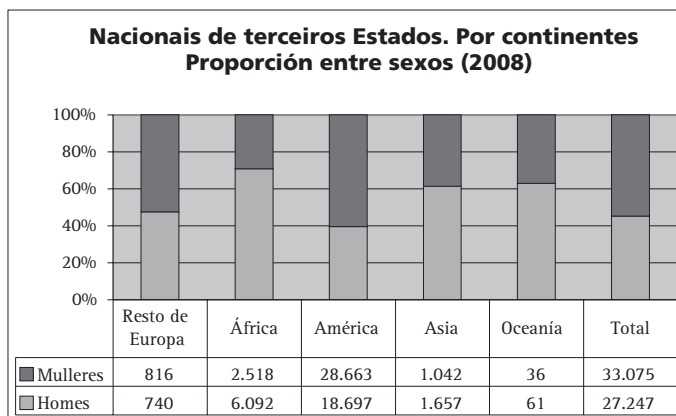
14. Con máis detalle, AAVV (J. Cabeza Pereiro, coord.): *Aspectos Xurídicos das relacións laborais na euronorreión Galicia-Norte de Portugal*, Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela, 2006).



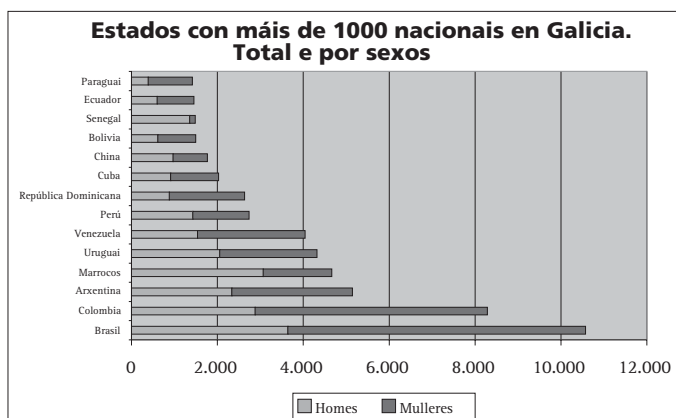
CADRO 9. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.

Dentro dese grupo 60.330 de "extracomunitarios" ou nacionais de terceiros Estados empadroados en Galicia, a atención ao factor sexo (véxase *cadro 10*) revela que se inverte nesta Comunidade Autónoma a tendencia xeral no conxunto de España, onde aparece, aproximadamente, un 53 por cento de estranxeiros varóns fronte a un 47 por cento de mulleres; a situación en Galicia é a inversa: o 45 por cento fronte ao 56 por cento. Tal porcentaxe presenta acusadas diferenzas se se descende á análise polos continentes de procedencia. Mentres que as porcentaxes correspondentes aos estranxeiros orixinarios de Europa e Oceanía son próximas aos dous indicados, os que corresponden aos que proceden dos restantes continentes afástanse de ambos os dous. Así, a inmigración procedente de Asia e África é maioritariamente masculina (respectivamente, un 61,39 por cento e un 70,75 por cento do total de estranxeiros). En contraste, a inmigración americana está considerablemente feminizada (un 60,52 por cento do total); precisamente, polo seu maior volume cuantitativo, dita inmigración é a que inclina a balanza estatística cara ao maior protagonismo da muller.

De todos os Estados que se están a considerar (non pertencentes á Unión Europea nin asimilados), unicamente trece achegan, cada un, máis de 1.000 dos seus cidadáns ao Padrón municipal de Galicia (véxase *cadro 11*). Neles cúmprense, a grandes trazos, as tendencias sinaladas, salvo no caso de Arxentina, Uruguai e Perú, onde o número de inmigrantes está máis próximos ao equilibrio entre homes e mulleres que no resto dos Estados pertencentes ao continente americano.

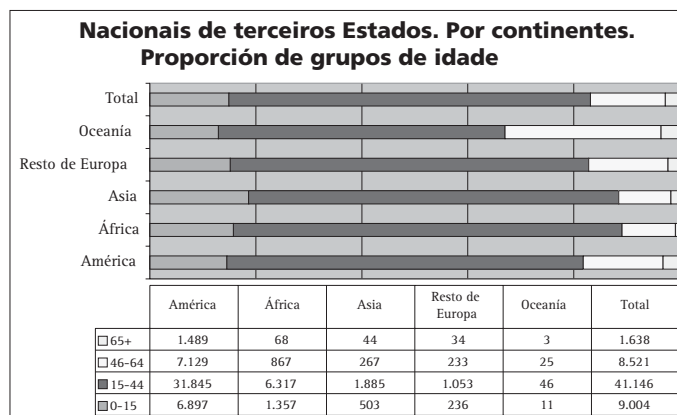


CADRO 10. Fonte: INE (*Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.



CADRO 11. Fonte: INE (*Explotación estatística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.

Se se repara no factor *idade*, que ten unha transcendencia máis significativa no mercado laboral, a poboación inmigrante en Galicia destaca pola relativa xuventude dos que a compoñen (véxase *cadro 12*). Máis do 80 por cento ten unha idade comprendida entre os 16 e os 64 anos e unicamente menos do 5 por cento supera a idade legal de xubilación. Estase, polo tanto, ante un grupo de persoas que forma parte, en boa medida, da poboación activa. Considerando a repartición da poboación por idade, dende o ano 1998 o sector de idade máis avanzada é o que crece máis lentamente; mentres que os outros sectores case se cuadruplicaron, os maiores de 65 anos apenas se dobraron.

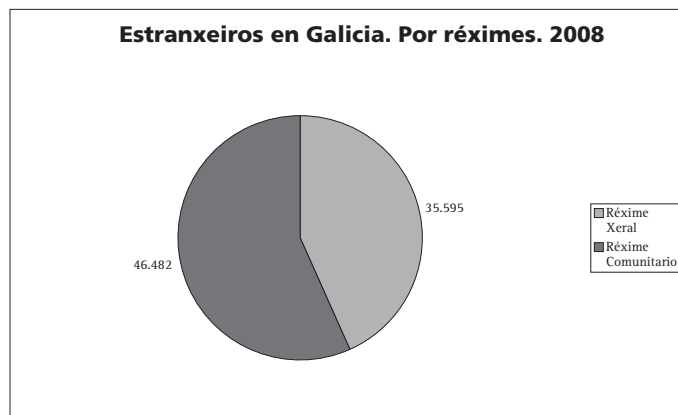


CADRO 12. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.

Segundo se indicou, a posición dos non nacionais fronte ao acceso ao mercado de traballo figura condicionada, ademais de pola nacionalidade, pola adscrición ao réxime comunitario ou ao xeral. A nacionalidade dun Estado da Unión Europea determina, de modo inmediato, a aplicación do réxime comunitario, incluídos os casos de Bulgaria e Romanía, unha vez concluído o 1 de xaneiro de 2009 o período transitorio ao que estaban sometidos estes Estados. No suposto reflexo, a nacionalidade de un terceiro Estado non implica necesariamente a adscrición ao réxime xeral da LOEX.

Segundo o Informe *Estranxeiros con certificado de rexistro ou tarxeta de residencia en vigor e Estranxeiros con autorización de estancia por estudos en vigor a 30 de setembro de 2008*, existían 82.077 estranxeiros con certificado de rexistro ou tarxeta de residencia en Galicia. En contraste, o Padrón municipal incluía 95.568 empadroados a 1 de xaneiro de 2008. Polo tanto, máis de 10.000 persoas atópanse nunha situación de permanencia “irregular”, aos que habería que engadir aqueles que nin sequera están empadroados. Dos indicados 82.077 non nacionais, aproximadamente un 56 por cento pertencen ao réxime comunitario e o resto ao réxime xeral.

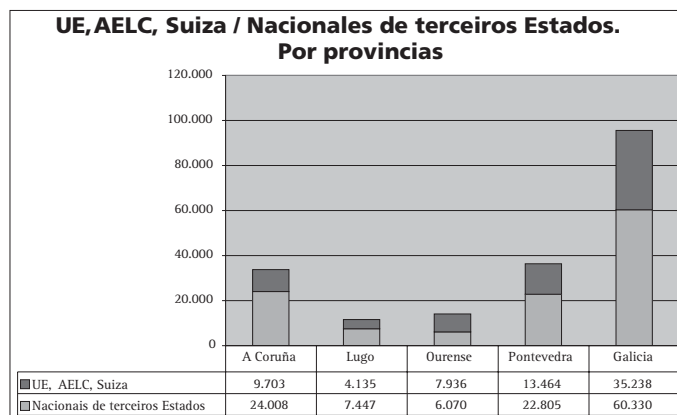
Os anteriores datos, postos en conexión coa distribución do Padrón por nacionalidades, que ofrecía porcentaxes en torno ao 37 por cento e ao 63 por cento respectivamente, demostran a importancia das conexións familiares á hora de acceder ao mercado de traballo. Máis de 10.000 nacionais de terceiros Estados gozan do réxime comunitario en virtude da súa condición familiar. Galicia sitúase así, porcentualmente, só por detrás de Ceuta e Canarias en presenza de traballadores adscritos ao réxime comunitario. As persoas suxeitas ao réxime deseñado pola LOEX son, en consecuencia, menos: 35.595.



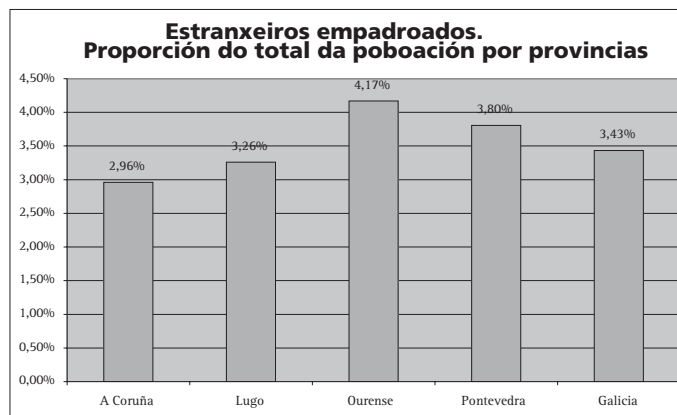
CADRO 13. Fonte: Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Informe Estranxeiros con certificado de rexistro ou tarxeta de residencia en vigor e Estranxeiros con autorización de estancia por estudos en vigor a 30 de setembro de 2008*). Elaboración propia.

En ningunha das catro provincias hai unha correspondencia exacta entre o número total dos empadroamentos e o número de estranxeiros empadroados. Pontevedra acolle o maior número de estranxeiros, seguida, en orde descendente, da Coruña, Ourense e Lugo. A distribución por provincias de inmigrantes presenta certas peculiaridades; a primeira, a rechamante distribución xeográfica da presenza de cidadáns comunitarios, máis forte en Pontevedra e Ourense, especialmente nesta última, onde o seu número supera, caso único en toda Galicia e non moi frecuente en España, ao dos nacionais de terceiros Estados. A proximidade xeográfica de Portugal ofrece a explicación máis plausible deste fenómeno. Dos 14.006 non nacionais empadroados en Ourense, 6.022 teñen nacionalidade portuguesa; esta é tamén a nacionalidade de máis da metade dos empadroados en Pontevedra.

Insístese en que o peso relativo da poboación empadroada non nacional en cada unha das provincias responde ao xa apuntado patrón (véxase *cadro 15*). A pesar de contar cun elevado número de estranxeiros empadroados, a provincia da Coruña ten o menor índice relativo, dada a súa alta poboación total. En cambio, na provincia de Ourense aparece o fenómeno inverso; nela, ao ser a menos poboada das catro provincias galegas, a proporción dos estranxeiros é a máis alta de Galicia. A segunda provincia máis poboada, Pontevedra, é tamén a que ocupa o segundo lugar na lista, sendo a que presenta, en termos absolutos, o maior número de estranxeiros de toda Galicia, de calquera dos conxuntos examinados.

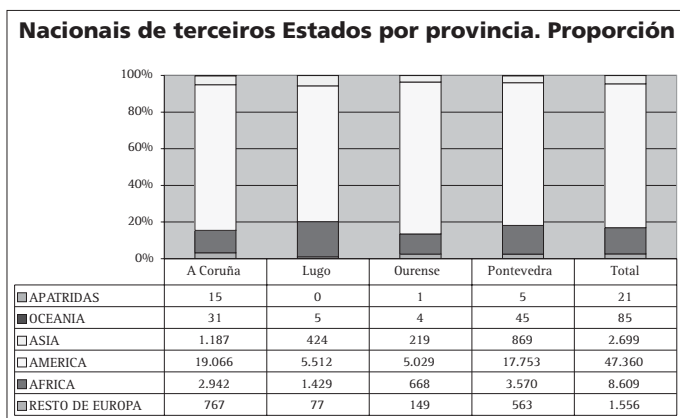


CADRO 14. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.

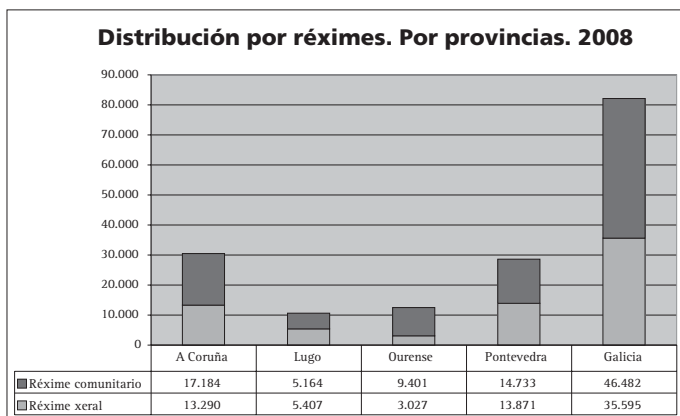


CADRO 15. Fonte: INE (*Explotación estadística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.

En canto á distribución por continentes dos empadroados extracomunitarios ou pertencentes a terceiros Estados (*cadro 16*), non se aprecian excesivas desviacións fronte ao patrón correspondente ao conxunto de toda a Comunidade Autónoma. Unicamente chaman a atención o proporcionalmente maior número de africanos nas provincias de Lugo e Pontevedra, nesta en menor grao, e a acumulación da metade dos nacionais do resto de Europa (Estados non pertencentes á Unión Europea) na provincia da Coruña.



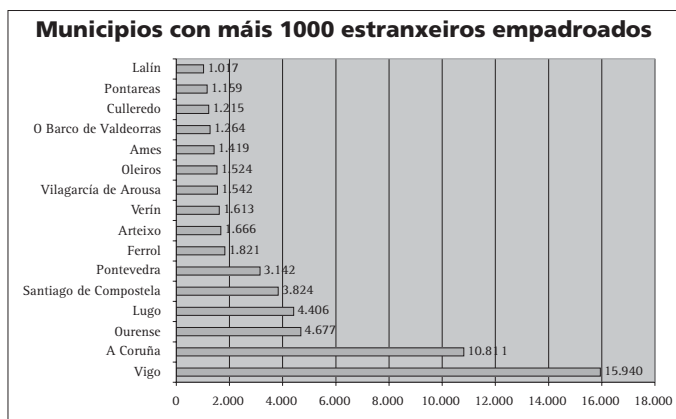
CADRO 16. Fonte: INE (*Explotación estatística do Padrón municipal, 2008*). Elaboración propia.



CADRO 17. Fonte: Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Informe Estranxeiros con certificado de rexistro ou tarxeta de residencia en vigor a 30 de setembro de 2008*). Elaboración propia.

A análise da distribución por municipios dos estranxeiros empadroados, tanto comunitarios como non, é tarefa que desborda os límites deste estudo. Aínda así, realízanse, a continuación, algunhas observacións de interese. Neste sentido:

- 1) De acordo cos datos do Padrón municipal do ano 2008, en todos os municipios galegos había, polo menos, dous estranxeiros empadroados, correspondendo a cifra mínima a San Xoán de Río.
- 2) Aínda que son escasos os municipios que con máis de 1.000 empadroamentos, se constata que algúns dos situados na coroa doutros máis poboados acollen a varios centenaes. A presenza de estranxeiros correspóndese, en liñas xerais, coa orde de poboación dos municipios galegos, sendo Vigo o principal centro receptor, moi por diante da Coruña.
- 3) Dentro dos municipios máis relevantes no que a captación de estranxeiros se refire (*cadro 18*), sobresaí o elevado número de cidadáns estranxeiros en Verín, onde representan o 10 por cento da poboación empadroada e no Barco de Valedoras, onde constitúen o 9 por cento. Para comprender o primeiro, ha de recordarse a situación de fronteira de Verín, que deu lugar ao proxecto Eurocidade coa portuguesa Chaves. No segundo caso, aparece a circunstancia da celebración, durante varios anos, dunhas Xornadas multiculturais para sensibilizar á poboación ante o fenómeno da inmigración. En ambos os dous municipios destaca o moi elevado grao de presenza de nacionais de Portugal, que constitúen máis do 75 por cento dos non nacionais. No extremo oposto sitúanse Narón e Carballo. Pola importancia da súa poboación, sería previsible que contasen con máis 1.000 estranxeiros empadroados; non obstante, albergan unicamente varios centenaes.

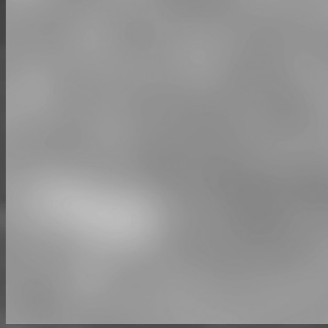
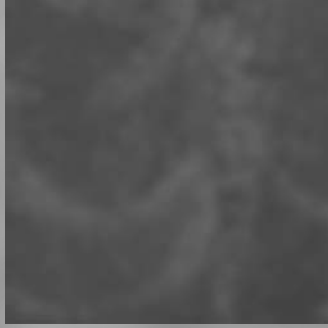


CADRO 18. Fonte: INE (*Explotación estatística do Padrón municipal*, 2008). Elaboración propia.

CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO

DA IMMIGRAÇÃO E ESTRANGEIRIA



SUMARIO:

I. A INTERVENCIÓN DA COMUNIDADE EUROPEA. -II. O PROTAGONISMO DAS
NORMAS ESTATAIS. -III. A CRECENTE INTERVENCIÓN AUTONÓMICA. -IV. O
PAPEL, LIMITADO, DOS AXENTES SOCIAIS

Son varias as instancias nas que se trata o fenómeno migratorio dende un punto de vista normativo e institucional. Por iso mesmo, as fontes de regulación do devandito fenómeno, na medida en que a súa ordenación e deseño corresponden a diferentes centros de poder, áchanse dispersas, podéndose falar da existencia de diferentes segmentos normativos. Non obstante, a materia migratoria segue sendo aínda unha cuestión regulada principalmente a través de normas estatais. No caso español, non ha de pasarse por alto a organización territorial descentralizada, o que dá entrada ás Comunidades Autónomas no tratamento destes problemas. Polo que respecta ao nivel supraestatal, aparece a acción normativa da Unión Europea, que foi cobrando nos últimos anos un crecente protagonismo no deseño xeral de políticas estratéxicas. O anterior mostra a conveniencia e ata necesidade de realizar un estudo, organizado de forma descendente, das respectivas competencias e poderes dos indicados niveis ou planos de actuación.

I. A INTERVENCIÓN DA COMUNIDADE EUROPEA

A análise da política de inmigración e o traballo de estranxeiros obriga a poñer atención, en primeiro lugar, ao plano comunitario. A integración de España nas Comunidades Europeas tivo unha repercusión indubidable na ordenación do traballo dos estranxeiros basicamente por tres razóns. En primeiro lugar, a Unión Europea é unha comunidade de traballo, no sentido de que constitúe un único mercado de emprego onde, en principio, os nacionais dos Estados que forman parte daquela circulan libremente. En segundo lugar, cara ao exterior, a Comunidade constitúe para os que proceden de terceiros Estados unha fronteira á que se asocia o establecemento de controis e a imposición de restricións. En terceiro lugar, a pertenza á Comunidade converte aos Estados que a integran en receptores da política de inmigración que, no seu caso, se adopte no ámbito comunitario.

A construción dun mercado comunitario de emprego provocou o levantamento de barreiras comúns fronte ao exterior, tanto comerciais como humanas. Agora ben, a paulatina ampliación da Unión Europea foi colocando no ámbito do réxime da libre circulación moitos dos países provedores de man de obra e, tras o 2004, unha parte considerable do continente, considerando tamén o Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, está sometida ao devandito réxime, na súa plenitude ou con algunhas restricións iniciais. Non obstante, o perfil da inmigración extracomunitaria cambiou radicalmente nos últimos anos e a afluencia masiva de cidadáns non europeos coincidiu no tempo cun período de certa recesión económica. Todo iso tivo como consecuencia grandes dificultades á hora de integrar esa poboación na sociedade e no mercado de traballo e conduciu á introdución no ámbito comunitario de competencias en materia de inmigración¹⁵.

15. Para P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ ("La circulación de los ciudadanos extracomunitarios en la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto*, 12, 1995, páx. 14), os problemas empezan xa en 1973, coa crise económica que volve excedentaria parte da man de obra interna e conduce ao establecemento de límites de entrada máis rixidos; para D. ou 'KEEFE ["Reflections on an European Immigration Policy", en VVAA (G. D. Korella e P. M. Twomey, eds.), *Towards an European Immigration Policy*, European Interuniversity Press (Bruxelas, 1993), páx. 19,], o fenómeno vólvese preocupante coa caída do bloque soviético.

O deseño da política de inmigración e estranxeiría segue correndo principalmente a cargo dos Estados e, en principio, non se cuestiona a súa competencia para iso¹⁶. O feito de que non se abordase esta materia dunha forma directa e vinculante para todos os Estados ata datas recentes non significa que a Unión Europea a obviase totalmente no pasado; xa dende os anos setenta víñase sinalando a necesidade de adoptar unha posición común respecto dos nacionais de terceiros Estados, se ben a devandita preocupación se centrou, nas súas orixes, nunha faceta concreta deses nacionais: a de traballador¹⁷.

O enfoque nestes primeiros tempos baseábase na cooperación intergubernamental, non no método comunitario, e obtivo froitos de considerable importancia. Así, é preciso mencionar o Acordo de Schengen do 14 de xuño de 1985¹⁸, por medio do cal perseguíase facilitar a creación do mercado interior que posteriormente se plasmaría na Acta Única Europea como un espazo sen fronteiras interiores¹⁹. En efecto, en 1986, coa aprobación da Acta Única, a embrionaria política comunitaria de inmigración recibiu unha importante achega. De feito, ata a súa aparición a escasa intervención na materia baseábase na actuación dun grupo *ad hoc* de inmigración, que nacera en outubro de 1986 a raíz dunha iniciativa dos Ministros encargados da inmigración nos diferentes Estados membros²⁰.

16. Pódense distinguir diferentes tipos de política de inmigración segundo que se pretenda garantir a igualdade do inmigrante ante a lei, incidir sobre a desvantaxe social ou actuar contra a discriminación racial. Sobre esta cuestión e a liña que seguen as políticas migratorias en Europa occidental, véxase H. MASHNIG e A. WIMMER: "¿Especificidad nacional o convergencia? Una tipología de políticas de inmigración en Europa occidental", *Migraciones*, 8, 2000, páxs. 62 e sigs. Con carácter específico sobre os distintos modos de incorporación dos estranxeiros ao mercado laboral véxase Y. HERRANZ: "Inmigración e incorporación laboral", *Migraciones*, 8, 2000, páxs. 132 e sigs.

17. Coa finalidade de dar cumprimento a todas as suxestións do Consello respecto á necesidade de coordinar as políticas migratorias en relación con terceiros países e no contexto da negociación da Acta Única Europea, a Comisión adoptou a Decisión 85/381 do 8 de xullo de 1985, por medio da cal se estableceu un procedemento de comunicación previa e de concertación sobre as políticas migratorias respecto a Estados terceiros. Esta Decisión tiña o seu fundamento xurídico no artigo 137 do TCE (antigo art. 118 do TCE), encaдрado no título XI do TCE, relativo á Política social, de educación, de formación profesional e de xuventude. Unha das razóns apuntadas para a adopción desta Decisión era a importancia de garantir que as políticas migratorias dos Estados membros respecto a países terceiros coordinásense coas demais políticas desenvolvidas pola Comunidade e, sobre todo, coa política comunitaria do mercado de traballo, co fin de non comprometer os resultados fixados no marco desta última.

18. O Acordo de Schengen foi o resultado da ampliación a cinco países doutro acordo, o Acordo de Saarbrücken, celebrado entre Francia e a República Federal Alemana o 13 de febreiro de 1984. Este último pretendía suavizar os controis nas fronteiras interiores, pero non as suprimir, obxectivo perseguido polo Acordo de Schengen que supón un cambio cualitativo importante. Sobre o Acordo de Schengen e as súas orixes véxase P. DE PARGA e MASEDA: "Reflexiones sobre la puesta en aplicación en su totalidad, el 26 de marzo del Acordo de Schengen do 19 de junio de 1990", *Revista de Instituciones Europeas*, 22, 3 1995, páxs. 910 e sigs.

19. O Acordo de Schengen foi orixinariamente asinado por Bélxica, Luxemburgo, os Países Baixos, Francia e a República Federal Alemana o 14 de xuño de 1985. Posteriormente, adheríronse Italia, España e Portugal, en 1990, e, finalmente, Grecia, en 1992.

20. As actuacións deste grupo tiñan unha base intergubernamental; a pesar diso, a Comisión asistía ás súas reunións e a Secretaría do Consello tamén participou na elaboración do Convenio de Dublín sobre determinación do Estado responsable de analizar o estudo de solicitudes de asilo, o proxecto do Convenio sobre cruzamento de fronteiras exteriores e a preparación dos informes que os Ministros encargados da inmigración elevaron ao Consello Europeo de Maastricht.

Como en tantas outras materias, o Tratado de Amsterdam de 1997, en vigor dende 1999, supuxo un fito no tratamento da política de inmigración. A introdución dun novo título IV (arts. 61 a 69) no TCE, dedicado a visados, asilo, inmigración e outras políticas relacionadas coa libre circulación de persoas, representou un punto de inflexión da acción comunitaria sobre a materia, que queda integrada no gran deseño do Espazo de liberdade, seguridade e xustiza. Xunto a iso, por medio do Protocolo 2 anexo ao Tratado, incorporábase o acervo de Schengen "ao marco da Unión Europea", coa exclusión voluntaria do Reino Unido e de Irlanda, que optaron por manter o control completo sobre as súas fronteiras.

As reformas foron recibidas con cautela polos propios Estados, se ben o seu predominio quedaba patente no art. 63 do TCE cando se autorizaba a estes a tomar medidas de forma independente, sempre que fosen compatibles coas disposicións do Dereito comunitario, unha cláusula o suficientemente escura como para permitir unha ancha marxe de manobra nacional. Na mesma liña, o procedemento baseado na toma de decisións a través do procedemento de consulta por unanimidade no Consello, coa supremacía estatal que iso implica, permitiu aos Estados membros dotarse dunha ferramenta que lles permitía adoptar medidas sobre a ausencia de control nas fronteiras interiores da Comunidade, sobre o control nas súas fronteiras exteriores e sobre os desprazamentos de extracomunitarios nela. Considerouse, non obstante, que os cambios eran insuficientes, posto que deixaban as iniciativas comunitarias fortemente suxeitas ás discusións políticas que debilitarían a eficacia da política común²¹. O peso das decisións, polo demais, seguía correspondendo aos Estados e as competencias comunitarias centrábanse, esencialmente, na definición de normas básicas que deixaban a salvo as funcións e competencias estatais en materia de seguridade interior e de orde pública²².

A celebración, en 1999, do Consello Europeo de Tampere confirmou a gran importancia do obxectivo que xa recollera o Tratado de Amsterdam, consistente na transformación da Comunidade nun espazo de liberdade, seguridade e xustiza²³.

21. Véxase G. SIMPSON: "Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam", *European Public Law*, 5, 1, 1999, páx. 109.

22. Véxase C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: "Estranxeros e inmigración en España y la Unión Europea", *Colección Escuela Diplomática*, 3, 1998, citada en C. TOLOSA TRIBIÑO: "Las garantías judiciales y los derechos sociales en la nueva Ley de extranjería", *Relaciones Laborales*, 12, 2000, páx. 62.

23. Tomando como base as conclusións do Consello Europeo de Tampere, no Consello Europeo de Laeken, celebrado os días 14 e 15 de decembro de 2001, instouse á creación dunha política común en materia de asilo e inmigración, respectuosa co equilibrio necesario entre a protección dos refuxiados, a aspiración lexitima a unha vida mellor e a capacidade de acollida da Unión e dos seus Estados membros. Con esa finalidade menciónase a instauración dun conxunto de instrumentos: a integración da política dos fluxos migratorios na política exterior da Unión Europea; o desenvolvemento dun sistema europeo de intercambio de información sobre o asilo, a inmigración e os países de orixe, a aplicación de Eurodac e un Regulamento orientado a aplicar de modo máis eficaz o Convenio de Dublín con procedementos rápidos e eficaces; o establecemento de normas comúns en materia de procedementos de asilo, acollida e reagrupamento familiar, incluído os procedementos acelerados en casos xustificadas e o establecemento de programas específicos en materia de loita contra a discriminación e o racismo. Na mesma liña de actuación inciden as conclusións do Consello Europeo de Sevilla, celebrado o 21 e o 22 de xuño de 2002. Algunha destas repítese nas do Consello Europeo de Salónica celebrado un ano despois, se ben aparece a novidade da referencia ás necesidades de deseñar unha política de integración dos inmigrantes na elaboración da cal han de participar todos os organismos competentes da Unión Europea, as autoridades nacionais e locais, os sindicatos, as agrupacións de empresarios, as organizacións non gobernamentais, as organizacións de migrantes e as organizacións con fins culturais, sociais e deportivos.

Neste Consello destacouuse a necesidade de xestionar os fluxos migratorios de forma máis eficaz en todas as súas etapas e en estreita cooperación cos países de orixe e de tránsito. Ademais, insistiuse na necesidade de crear un estatuto xurídico dos nacionais de terceiros países o máis aproximado posible ao dos nacionais dos Estados membros²⁴. Produciuse, polo tanto, un cambio cualitativo moi importante, posto que o novo propósito perseguido pasaba a ser que a persoa que residise legalmente nun Estado membro durante un determinado período de tempo e que contase cun permiso de residencia de longa duración sería titular dun elenco de dereitos o máis parecido posible ao que se recoñece aos cidadáns da Unión Europea.

Tras as reformas introducidas polo Tratado de Niza e a entrada en vigor da Decisión 2004/927/CE do Consello²⁵, hoxe están sometidas ao procedemento de consulta e á votación por *unanimidade* as medidas do art. 63 do TCE relativas ás condicións de entrada e de residencia e normas sobre procedementos de expedición polos Estados membros de visados de longa duración e de permisos de residencia, incluídos os destinados ao reagrupamento familiar [letra a) do punto 3], así como as medidas que definan os dereitos e as condicións conforme as cales os nacionais de terceiros países que residan legalmente nun Estado membro poden residir noutros Estados membros (punto 4). Elaboraranse a través do procedemento de consulta, aínda que con votación por *maioría cualificada*, as medidas sobre o cruzamento das fronteiras exteriores dos Estados membros nas que se establezan as normas sobre visados aplicables ás estanzas cuxa duración non supere os tres meses, que incluírán a lista dos terceiros Estados cuxos nacionais teñan a obriga de ser titulares de visado para cruzar unha fronteira exterior e dos terceiros Estados cuxos nacionais estean exentos desa obriga, así como un modelo uniforme de visado [art. 62.2.b), incisos i) e iii), do TCE]. O resto do título IV queda sometido a codecisión, condicionada, no caso das medidas previstas no punto 1 e na letra a) do punto 2 do art. 63, á aprobación, por parte do Consello, dunha lexislación comunitaria que defina as normas comúns e os principios esenciais que rexan estas materias (asilo e refuxiados).

Pode dicirse que son dúas as materias sobre as que ata agora se centrou de forma principal a política comunitaria de inmigración: 1) a igualdade de trato coa finalidade de previr situacións de racismo e xenofobia; e 2) o cruzamento das fronteiras exteriores.

En materia de igualdade de trato debe resaltarse a Directiva 2000/43/CE, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica. Esta Directiva prohibe discriminar as persoas por razóns de orixe racial ou étnica e contempla unha ampla serie de ámbitos nos que pode darse un trato inxusto, tales como o acceso ao emprego, as condicións de traballo, a remuneración e os dereitos

24. Véxase A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "La nueva Ley española de extranjería, ¿ruptura e incumplimiento de Tampere?, ¿innovación o seguimiento del modelo italiano?", *Migraciones*, 7, 2000, páxs. 107 e sigs.

25. Rematado o período transitorio de cinco anos que establecía o Tratado de Amsterdam, estableceuse que o Consello podería decidir o establecemento da codecisión como regra de procedemento neste ámbito e outorgar competencias de control e interpretación ao Tribunal de Xustiza. Esta posibilidade foi levada á práctica mediante a Decisión 2004/927/CE do Consello, do 22 de decembro de 2004, que mantivo, non obstante, algunhas excepcións.

e prestacións asociados ao traballo. Ademais, faise referencia ao acceso á educación e á formación, ás prestacións da seguridade social e á asistencia sanitaria, así como aos bens e servizos que están a disposición do público e á súa subministración ou facilitación, entre eles a vivenda. Entre as medidas concretas que deben adoptar os Gobernos figura a de designar un organismo que axude e oriente na práctica e de forma independente ás vítimas da discriminación racial. Tan elevados propósitos, non obstante, foron acollidos moderadamente polos Estados e, a un día de finalización do prazo para a transposición da Directiva, o 19 de xullo de 2003, a Comisión non recibira nin unha soa notificación segundo a cal se puxese de manifesto que xa rematara á devandita transposición.

O segundo campo de actuación, en cambio, produciu froitos máis abundantes. En efecto, o paso de fronteiras exteriores é un dos aspectos da política de inmigración no que a Comunidade centrou a súa atención dende un principio aprobando normas como o Regulamento (CE) 539/2001 do Consello, do 15 de marzo, modificado polo Regulamento (CE) 851/2005, do 2 de xuño, no que se recolle unha lista dos terceiros Estados cuxos nacionais teñen a obriga de obter un visado para cruzar as fronteiras exteriores do territorio comunitario e outra dos terceiros Estados cuxos nacionais están exentos da devandita obriga. Coa aprobación deste Regulamento, que ten a súa base xurídica no art. 62.2.b) do TCE, conseguíuse un dos obxectivos mencionados no Consello Europeo de Tampere.

En calquera caso, a actuación comunitaria relativa ao cruzamento de fronteiras non se limita á aprobación do mencionado Regulamento. Proba diso son algunhas propostas da Comisión ao Consello, como é a de establecemento dun modelo uniforme de visado. Tamén cabe mencionar o establecemento dun modelo uniforme de permiso de residencia para nacionais de terceiros Estados²⁶. Trátase de medidas que tenden á unificación de documentos; pero, ademais da pretensión de avanzar nesa liña, tamén existen propostas substantivas que impulsan de forma importante o desenvolvemento da nova política comunitaria e que teñen o seu punto de partida nunha concepción do traballador estranxeiro que vai máis alá da súa condición de traballador²⁷. Unha manifestación clara diso é a aprobación das Directivas do 22 de setembro de 2003, sobre o dereito ao reagrupamento familiar; do 25 de novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de terceiros países residentes de longa duración²⁸, e do 13 de decembro de 2003, relativa aos requisitos de admisión dos nacionais de terceiros países para os efectos de estudos, intercambio de alumnos, prácticas non remuneradas ou servizos de voluntariado. Tamén a proposta de actuación do Consello para o establecemento dun Convenio relativo á admisión de nacionais de terceiros Estados nos Estados membros²⁹.

26. Proposta da Comisión ao Consello COM (2001) 157 final, do 23 de marzo de 2001.

27. Outra liña de actuación trazada pola Comunidade é a de cooperar cos países dos cales procede a inmigración. Nesta estratexia de actuación encádrase unha proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece un programa de asistencia financeira e técnica aos terceiros países nos ámbitos da inmigración e o asilo presentada pola Comisión, que se materializou no Regulamento (CE) 491/2004, do Parlamento Europeo e do Consello, do 10 de marzo de 2004, polo que se establece un programa de asistencia financeira e técnica aos terceiros Estados nos ámbitos da migración e o asilo (Aeneas) (DOUE L 080, do 18 de marzo de 2004).

28. Véxase F. J. DURÁN RUÍZ: "El derecho comunitario y la consecución de la ciudadanía: la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados que son residentes de larga duración", *Actas 4º Congreso sobre la inmigración en España, ciudadanía y participación*, Gerona, 2004.

29. DOUE L 375, do 23 de decembro de 2004.

Das mencionadas Directivas paga a pena deterse sobre a relativa ao estatuto dos nacionais de terceiros países residentes de longa duración. Máis alá da transcendencia de que a norma conseguira concitar a unanimidade requirida conforme ao disposto nos arts. 63.3 e 63.4 do TCE, é importante polas liñas de futuro que indica nos seus "considerandos" iniciais:

- 1) "A fixación das condicións ás que se supedita o dereito de residencia noutro Estado membro dos nacionais de terceiros países residentes de longa duración debe contribuír á realización efectiva do mercado interior en tanto que espazo no que estea asegurada a libre circulación de todas as persoas. Podería constituír tamén un factor importante de mobilidade, en particular, no mercado laboral da Unión".
- 2) "É conveniente establecer que poida exercerse o dereito de residencia noutro Estado membro con fins laborais, ben por conta allea como por conta propia".

Ao dispoñer, no seu art. 11, a igualdade de trato no relativo ao acceso ao emprego, con algunhas salvidades, ás condicións de traballo, á formación profesional e á seguridade social, entre outras materias, a citada Directiva busca establecer un estatuto xurídico dos nacionais de terceiros Estados de contido o máis parecido posible ao dos cidadáns comunitarios. Sexa como fose, iso queda condicionado á situación de residencia legal durante un período de cinco anos³⁰.

Noutra orde de cousas, o título IV do TCE non é a única fonte da que pode xurdir normativa que afecte á situación dos nacionais de terceiros Estados no mercado interior. Certamente, ocupa unha posición de preeminencia, por canto regula ou regulará a súa entrada. Non obstante, a extensión da libre circulación ou a concesión de dereitos graduais aos cidadáns de determinados Estados por obra de distintos acordos internacionais altera as regras xerais existentes. Debe sinalarse, así mesmo, a particularidade do art. 49.2 do TCE, conforme ao cal poderá estender o beneficio das disposicións sobre libre prestación de servizos aos que sexan nacionais dun terceiro Estado e se achen establecidos dentro da Comunidade. Contrasta este artigo coa ausencia dunha disposición similar a propósito da libre circulación de traballadores no actual Dereito "orixinario". Aínda que chegou a tomarse en consideración a aprobación dunha Directiva poñendo en práctica tal posibilidade, non se obtiveron froitos neste campo³¹.

Queda, por último, a base xurídica do art. 137.1.g) do TCE, que recolle como competencia comunitaria "as condicións de emprego dos nacionais de terceiros países que residan legalmente no territorio da Comunidade", que figura sometida ao procedemento de consulta con votación por unanimidade no Consello. Existe a posibilidade de que este aprobe o seu paso á *codecisión*, se ben non houbo ningún movemento en tal sentido. A mención procede do protocolo de Maastricht e nunca foi levada á práctica, nin sequera como reforzo da Directiva 2003/109/CE, como sería oportuno. De xeito similar, a proposta de Directiva do Consello relativa ás condicións de entrada e estanza dos nacionais de países terceiros con fins de emprego ou dunha actividade económica por conta propia³² non inclúe ningunha referencia á comentada base xurídica, optando

30. Véxase A. CEINOS SUÁREZ: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, (Madrid, 2006), páxs. 89-90.

31. COM (1999) 3 final, do 27 de xaneiro de 1999. Foi retirada pola Comisión o 24 de marzo de 2005.

32. COM (2001) 386 final, do 11 de xuño de 2001.

pola que proporciona o art. 63.3.a) do TCE: "a regulación da inmigración co fin de realizar actividades por conta allea ou por conta propia é a pedra angular da política de inmigración e non se pode desenvolver unha política de inmigración comunitaria coherente sen abordar «as condicións de entrada e residencia de nacionais de terceiros países por razóns de traballo por conta allea e actividades económicas por conta propia». A letra (a) do apartado 3 do artigo 63 é, en consecuencia, a base xurídica apropiada para esta proposta". Constatada así a capacidade comunitaria para aprobar, por un procedemento tan rigoroso como o previsto no art. 137 do TCE, normativa sobre o traballo de estranxeiros con base no art. 63 deste, queda aberta a incógnita de para que serve a mención recollida no título XI.

En suma, actualmente aparece no escenario comunitario unha política de inmigración incipiente, no marco da cal xa se deron pasos moi importantes que, sen lugar a dúbidas, condicionan a actuación dos Estados. Estase ante unha cuestión que figura moi conectada coa idea de soberanía e respecto da cal os Estados se mostran reticentes a entregar parcelas de competencia. Aínda así, os pasos que se están a dar inducen a pensar que o desenvolvemento da política de inmigración comunitaria alcanzará, nun futuro máis ou menos afastado, unha cota que permitirá falar unicamente de dous réximes: o dos cidadáns comunitarios e o dos extracomunitarios. Cando iso aconteza desaparecerá a noción de entrada nun Estado membro, substituída pola de entrada en territorio comunitario, co que iso supón en canto a posibilidades de circulación por todo o espazo comunitario. Certamente, chegar a semellante grao de harmonización non é algo que se poida conseguir a curto prazo, pois o fenómeno migratorio non se vive do mesmo modo en todos os Estados membros e son moitas as reservas con que conta nestes. Non obstante, tendo en conta a traxectoria seguida ata o momento, parece cuestión de tempo o que un nacional dun terceiro Estado autorizado para traballar en España teña a posibilidade de circular e establecerse en calquera outro Estado membro. Nese momento o Estado deixaría de ser o punto de referencia en cuestións de inmigración.

II. O PROTAGONISMO DAS NORMAS ESTATAIS

A materia migratoria segue sendo regulada principalmente a través de normas estatais, que, en definitiva, constitúen o eixe do sistema normativo que ordena esta materia. Analizado o fenómeno dende unha perspectiva estatal e eminentemente normativa, a primeira referencia á inmigración e ao traballo de estranxeiros atopámola na CE, en concreto no seu art. 13, onde se establece en que medida os estranxeiros son titulares dos dereitos constitucionais recoñecidos aos españois. O desenvolvemento legal do devandito artigo foi levado a cabo nun principio pola Lei Orgánica 7/1985 e, posteriormente, pola LOEX, que sufriu varias reformas, de entre as cales destaca a levada a cabo pola Lei orgánica 8/2000 e a que correu a cargo da Lei orgánica 14/2003.

A LOEX trata a materia de estranxeiría de forma global. En concreto, regula dereitos e liberdades básicas, fai referencia a certas cuestións relacionadas coa integración social dos estranxeiros, reserva numerosos preceptos para atender especificamente os problemas de acceso ao mercado de traballo español e, finalmente, recolle un listado de infraccións e sancións en materia de estranxeiría. A devandita Lei e o seu vixente regulamento, o REX,

proporcionan a maior parte do réxime xurídico aplicable aos traballadores estranxeiros e constitúen o núcleo duro da materia, a regulación da cal se completa con outras disposicións que se foron aprobando en materia de inmigración e estranxeiría, algunhas referidas aos aspectos estritamente laborais. O conxunto normativo así configurado complementábase, unha vez que o traballador estranxeiro preste efectivamente os seus servizos en España, coas disposicións que conforman o ordenamento laboral.

Á parte dos controis habituais neste terreo, a LOEX inclúe entre os seus obxectivos a integración social dos estranxeiros en España, de tal maneira que non só aborda cuestións relacionadas co control da entrada e a saída dos inmigrantes ou co réxime xurídico aplicable ás diversas situacións nas que un estranxeiro pode atoparse, senón que tamén fai referencia á acollida en condicións aceptables dos estranxeiros e á adaptación destes á sociedade española. Obviamente, estes obxectivos conséguense, ademais de co recoñecemento de dereitos, cunha acción complementaria, normativa e institucional, que, por certo, corresponde nalgunha medida ás Administracións autonómicas e locais³³.

A LOEX consta de cinco títulos, un deles de carácter preliminar, aos que se engaden diversas disposicións adicionais e transitorias, procedentes unhas da Lei orgánica 4/2000 e outras da Lei orgánica 8/2000, así como da Lei orgánica 14/2003³⁴. O seu título preliminar cumpre unha función delimitadora de especial relevancia, pois nel concretase o seu ámbito de aplicación e, en consecuencia, enuméranse os colectivos que quedan excluídos da aplicación da lei. O título I ten gran importancia porque nel se enumeran os dereitos e liberdades dos estranxeiros cuxo exercicio, na maior parte dos casos, está condicionado á obtención da correspondente autorización administrativa, xa sexa para residir ou para traballar. O título II describe o réxime xurídico aplicable aos estranxeiros, isto é, os requisitos de entrada e permanencia, as distintas modalidades de autorización requiridas para realizar actividades lucrativas e as taxas que deben ser aboadas por esas autorizacións. O título III tipifica as infraccións en materia de estranxeiría e o seu réxime sancionador e, por último, o título IV introduce no ordenamento algunhas medidas tendentes a conseguir certa coordinación entre os distintos poderes públicos implicados na ordenación da materia.

Dende unha perspectiva máis específica, a determinación dos termos en que cabe a realización dun traballo por parte dun estranxeiro atópase principalmente no título II da LOEX e caracterízase polo sometemento daquela realización a unha condición, como é a obtención dunha autorización previa para traballar. Iso complétase coa determinación dos efectos da súa inobservancia. En canto á regulación das condicións de traballo e de-

33. Acerca do carácter transversal do fenómeno migratorio e a súa incidencia nas competencias das Comunidades Autónomas véxase E. ROIG MOLÉS: "Autonomía e inmigración: competencias y participación de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales en materia de inmigración", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 14, 2002, páx. 199 e sigs

34. Ademais das dúas modificacións mencionadas, isto é, a levada a cabo pola Lei orgánica 8/2000, de 22 de decembro, e a máis recente levada a cabo pola Lei orgánica 14/2003, do 20 de novembro, non hai que esquecer a introducida pola Lei orgánica 11/2003, do 20 de setembro, relativa a medidas concretas en materia de seguridade cidadá, violencia doméstica e integración social dos estranxeiros, que modificou tres preceptos da LOEX e o artigo 314 do Código Penal, relativo ao delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de persoas.

mais cuestións relacionadas coa prestación de servizos, corresponde xa ao ordenamento laboral, no que non falta algún precepto do ET que faga referencia, sequera indirecta, á autorización de traballo. Dentro do citado título II da LOEX, o réxime xurídico da autorización de traballo atópase no capítulo III, que ha de completarse coa tipificación das infraccións efectuada no título III en relación con determinados comportamentos conectados coa prestación de servizos realizada sen autorización de traballo.

Polo que respecta ao REX, tratándose dun texto regulamentario, compréndese que o seu contido sexa moito máis exhaustivo e detallado que o da Lei que desenvolve. Dende o punto de vista do traballo dos estranxeiros, destaca o seu título IV, que trata do réxime xurídico das distintas situacións administrativas nas que se poden atopar os estranxeiros en España e, en particular, os que teñen a intención de traballar. Así mesmo, aborda con detalle o procedemento a seguir para obter e renovar as correspondentes autorizacións de traballo.

III. A CRECENTE INTERVENCIÓN AUTONÓMICA

Como se sabe, a distribución de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas aparece recollida ao longo dos arts. 148, 149, 150 e 151 da CE. O modelo deseñado nos preceptos mencionados conxuga dous elementos: as materias e as facultades que cabe exercitar en relación con elas. A exclusividade sobre unha materia non ten sempre a mesma intensidade, podendo diferenciarse entre: 1) competencias exclusivas "absolutas" a favor do Estado, respecto das que as Comunidades Autónomas non posúen ningunha facultade nin na ordenación nin na xestión da materia³⁵; 2) competencias exclusivas que, aínda que inseparables da titularidade estatal, admiten a súa transferencia ou delegación da súa xestión ás Comunidades Autónomas nos termos do artigo 150.2 da CE; e 3) competencias exclusivas das Comunidades Autónomas que non poderán ser asumidas polo Estado, salvo que as primeiras non as tomasen para si.

O art. 149 da CE recolle no seu apartado primeiro a lista de materias respecto das que o Estado ten competencia exclusiva, o cal non significa que as Comunidades Autónomas non teñan ningún tipo de facultade sobre elas. O precepto, ademais de mencionar a materia, establece tamén a medida e o grao de exclusividade, outorgando ás Comunidades Autónomas unha marxe de actuación diferente en función da materia concreta de que se trate. Pois ben, dende o punto de vista dos suxeitos competentes para leva a cabo a súa ordenación, a inmigración e a estranxeiría son competencia exclusiva do Estado. Estas dúas materias, ao igual que outras que tamén menciona o citado artigo, están intimamente ligadas ao concepto de soberanía estatal e, por tal razón, se considera que non poden saír do marco estatal. Na súa virtude, a materia atribúese en bloque ao Estado, de modo que, polo menos en principio, non se prevé actuación ningunha

35. A reserva estatal non só impide que unha Comunidade Autónoma poida asumir competencias sobre a materia reservada, senón tamén que poida orientar o seu autogoberno en razón dunha política propia acerca dela. O mecanismo que acabamos de mencionar non é o único existente para facer posible a participación das Comunidades Autónomas na política que o Estado adopte. Unha boa proba diso é que a Lei orgánica 8/2000 establece algúns mecanismos para coñecer o parecer das Comunidades Autónomas acerca do deseño da política de inmigración elaborado por quen ten a competencia exclusiva na materia.

por parte das Comunidades Autónomas³⁶, o que non impediu que os novos Estatutos de Autonomía dalgunhas Comunidades Autónomas incorporen referencias específicas aos inmigrantes e á inmigración³⁷. Polo demais, non hai que perder de vista que existen outras materias que presentan certa conexión coa estranxeiría e coa inmigración laboral (asistencia social, asistencia sanitaria, inserción laboral e fomento do emprego e, mesmo, execución da lexislación laboral) respecto das cales as Comunidades Autónomas teñen atribuídas algunhas facultades; por esta razón, non é posible afirmar de xeito tallante que aquelas non desempeñan ningún papel na regulación e ordenación da inmigración e a estranxeiría.

36. A Comunidade Autónoma de Canarias, apoiándose nas conclusións ás que chegou un comité de expertos sobre poboación e inmigración en Canarias, reivindica un maior protagonismo autonómico na regulación dos fluxos de poboación e no seu asentamento no arquipélago, baseándose nas características propias que presenta esta Comunidade e que son a especialidade, a estancidade do seu réxime, forzada pola insularidade e o "pactismo" en canto á articulación do sistema de competencias. Entre as vías propostas para levar a cabo unha aplicación competencial na materia menciónase a execución da lexislación laboral e a súa expansión a materias conexas, como sería a concesión das autorizacións de residencia (www.cescanarias.org/boletín/2003-02/Documentos/Capitulo_10_Aspectos.pdf)

37. Neste sentido, o Estatuto de Autonomía que máis desenvolveu a materia é o de Cataluña, aprobado por Lei orgánica 6/2006. Nel, encoméndase aos poderes públicos o labor de emprender as accións necesarias para establecer un réxime de acollida das persoas inmigradas e promover as políticas que garantan o recoñecemento e a efectividade dos dereitos e deberes das persoas inmigradas, a igualdade de oportunidades, as prestacións e as axudas que permitan a súa plena acomodación social e económica e a participación nos asuntos públicos, así como a regulación e a prestación dos servizos de atención ás persoas, dos servizos sociais públicos de asistencia primaria e o fomento das políticas de acollida dos inmigrantes (arts. 42 y 84). Ademais, contén un precepto relativo ás competencias da Comunidade en materia de inmigración: a competencia exclusiva en materia de primeira acollida das persoas inmigradas, que incluírá as actuacións socio-sanitarias e de orientación; o desenvolvemento da política de integración das persoas inmigradas no marco das competencias da Comunidade; o establecemento e a regulación das medidas necesarias para a integración social e económica das persoas inmigradas e para a súa participación social; o establecemento, por lei, dun marco de referencia para a acollida e integración das persoas inmigradas; a competencia executiva en materia de autorización de traballo dos estranxeiros cuxa relación laboral desenvólvese en Cataluña, a cal exercerase en necesaria coordinación coa que corresponde ao Estado en materia de entrada e residencia de estranxeiros e inclúe a tramitación e resolución das autorizacións iniciais de traballo por conta propia ou allea e a tramitación e resolución dos recursos presentados con relación aos expedientes en materia de entrada e residencia e a aplicación do réxime de inspección e sanción. Así mesmo, corresponde á Generalitat a participación nas decisións do Estado sobre inmigración con especial transcendencia para Cataluña e, en particular, a participación preceptiva previa na determinación do continxente de traballadores estranxeiros.

Outro dos novos Estatutos de Autonomía, o de Andalucía, aprobado por Lei orgánica 2/2007, fai referencia, no seu art. 5, e, de xeito máis concreto, no seu art. 30, á promoción da participación dos cidadáns estranxeiros residentes en Andalucía dentro do marco constitucional. Así mesmo, o seu art. 10.17 menciona a necesidade de promover a integración social, económica, laboral e cultural dos inmigrantes en Andalucía; pola súa parte, o art. 62, dedicado de forma específica á inmigración, atribúe á Comunidade Autónoma as políticas de integración e de participación social, económica e cultural dos inmigrantes no marco das súas competencias, así como a competencia executiva en materia de autorizacións de traballo dos estranxeiros cuxa relación laboral se desenvolva en Andalucía, en necesaria coordinación coa competencia estatal en materia de entrada e residencia e de acordo co que estableza a lexislación do Estado. Esta tarefa inclúe a tramitación e resolución das autorizacións iniciais de traballo, a tramitación e resolución dos recursos presentados ás devanditas autorizacións e a aplicación do réxime de inspección e sanción. Doutro lado, en consonancia co establecido na LOEX, recoñécese o dereito da Comunidade Autónoma andaluza a participar nas decisións do Estado sobre inmigración con especial transcendencia para Andalucía e, en particular, a participación preceptiva previa na fixación do continxente de traballadores estranxeiros. Por último, o art. 245.3 pon de manifesto que serán obxecto de atención preferente as políticas de cooperación ao desenvolvemento con países veciños ou culturalmente próximos.

Precisando máis en que se traduce a atribución competencial en materia de inmigración e estranxeiría que leva a cabo o artigo 149.1.2ª da CE a favor do Estado, aparece que o precepto encomenda a este en exclusiva as materias mencionadas e constitúe o título competencial necesario para deseñar os mecanismos de control susceptibles de ser aplicados sobre os fluxos migratorios e para configurar o contido dos dereitos recoñecidos aos estranxeiros, sempre e cando se trate dos que non están directamente conectados coa dignidade da persoa. Polo tanto, a inmigración e a estranxeiría corresponden en exclusiva e por completo ao Estado, de tal maneira que este conta con todas as facultades susceptibles de ser exercitadas sobre a materia, evitando con iso, entre outras cousas, a diversificación normativa sobre unha cuestión que tradicionalmente veuse vinculando á idea de soberanía. De acordo co esquema de distribución de competencias recollido na CE, o poder lexislativo autonómico non está autorizado para aprobar normas sobre inmigración e estranxeiría nin para adoptar medidas de execución, o que constitúe unha proba clara do afán por garantir a existencia dunha regulación homoxénea en todo o Estado. Noutros termos, na regulación do fenómeno migratorio actúase como un "todo" e non de forma parcelada.

Obviamente, a aprobación da LOEX e do REX é froito da competencia normativa atribuída ao Estado e revela ata que punto este exercitou a devandita competencia; pero, ademais, non cabe perder de vista que o Estado tamén conta con funcións de execución

Previsións similares respecto á participación e á integración dos inmigrantes recóllense nos arts. 5, 29 e 75 do Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Lei orgánica 5/2007. Dispón o primeiro dos devanditos artigos que os poderes públicos aragoneses, dentro do marco constitucional, establecerán as vías axeitadas para facilitar e potenciar a participación nas decisións de interese xeral dos cidadáns estranxeiros residentes en Aragón. Polo que respecta aos arts. 29 e 75, recollen unha serie de regras relacionadas coa integración social dos inmigrantes. En concreto, o art. 29 establece que os poderes públicos de Aragón promoverán as políticas necesarias para a integración socioeconómica das persoas inmigrantes, a efectividade dos seus dereitos e deberes, a súa integración no mundo educativo e a participación na vida pública. O art. 75 fai referencia á promoción de políticas de integración de inmigrantes, en especial, ao establecemento das medidas necesarias para a súa axeitada integración social, laboral e económica, así como a participación e colaboración co Estado, as políticas de inmigración e, en particular, a participación preceptiva previa na determinación, se é o caso, do continxente de traballadores estranxeiros.

No caso de Canarias, o seu Estatuto, aprobado por Lei orgánica 4/1996, unicamente recoñece, no art. 37, a posibilidade da Comunidade Autónoma de elevar ao Goberno as propostas que estime pertinentes sobre a residencia e o traballo de estranxeiros en Canarias.

O Estatuto de Castela e León, aprobado pola Lei orgánica 14/2007, ademais de facer fincapé na idea de integración, inclúe unha referencia aos dereitos dos estranxeiros no seu art. 10, que dispón que, no marco da Constitución e da lexislación estatal aplicable, os dereitos que o Estatuto recoñece aos cidadáns de Castela e León se estenderán aos estranxeiros con veciñanza administrativa na Comunidade nos termos que establezan as leis que os desenvolvan. En canto á integración dos inmigrantes, encoméndase aos poderes públicos da Comunidade a tarefa de promover a súa integración social, económica, laboral e cultural na sociedade de Castela e León. Así mesmo, prevese que a Xunta de Castela e León colabore co Goberno de España en todo o relativo a políticas de inmigración no ámbito das súas respectivas competencias (art. 70) e fixe en colaboración co Estado as necesidades do mercado laboral que determinan a concesión das autorizacións de traballo dos estranxeiros (art. 76).

O Estatuto de Autonomía de Valencia unicamente fai referencia á atención social dos inmigrantes con residencia na Comunidade valenciana (art. 10) e ao labor de colaboración co Goberno de España en materia de políticas de inmigración (art. 59). O mesmo se afirma no Estatuto de Autonomía de Baleares (arts. 30 e 32), coa particularidade de que indicada atención social dos inmigrantes vai referida aos que contén con residencia *permanente* na Comunidade, o cal resulta, cando menos, chocante.

en materia de inmigración e estranxeiría, as cales veñen levando a cabo a través de órganos pertencentes á estrutura da Administración estatal. Iso constitúe unha proba adicional do réxime de monopolio estatal que caracteriza o tratamento da referida materia. Varias situacións ilustran acerca da indicada función executiva.

Dende un punto de vista operativo, a tramitación e a proposta da concesión ou deneación da autorización de traballo corresponde, de acordo co art. 161 do REX, ás *oficinas de estranxeiros*, que dependen organicamente da correspondente Delegación ou subdelegación do Goberno, encádranse na Secretaría Xeral e funcionalmente dependen do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, a través da Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración e do Ministerio do Interior, todo iso de acordo co establecido no art. 9 do Real Decreto 553/2004, de 17 de abril, de reestruturación do departamentos ministeriais, que atribuíu ao Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais o desenvolvemento da política do Goberno en materia de estranxeiría, inmigración e asilo e dispuxo que asumiría, na súa virtude, ademais das competencias que xa tiña atribuídas na materia, as que viña desenvolvendo a Delegación do Goberno para a Estranxeiría e a Inmigración, entre as que se incluían a resolución dos expedientes relativos á solicitude de autorización de traballo.

Respecto á imposición de sancións polo incumprimento das normas de estranxeiría prodúcese, de novo, unha bifurcación á hora de atribuír competencias, pois, en función do tipo de infracción ante a que nos atopemos, a sanción, aínda que imposta pola mesma autoridade, o Delegado ou o Subdelegado do Goberno, é proposta por órganos integrantes do Ministerio do Interior ou do Ministerio de Traballo. Isto é, mentres a sanción de todas as infraccións cometidas na orde social son propostas pola Inspección de Traballo e Seguridade Social, as sancións correspondentes ao resto de infraccións previstas na norma de estranxeiría están atribuídas aos funcionarios do Corpo Nacional de Policía, adscritos á Dirección Xeral de Policía e dependentes do Ministerio do Interior.

En calquera caso, esta preeminencia da Administración do Estado non significa que as demais Administracións se sitúen á marxe do fenómeno migratorio. O Estado xa non está só na ordenación da materia, pois as Comunidades Autónomas realizan por unha ou outra vía algunhas funcións en certo modo conectadas co fenómeno migratorio, na medida en que a política de inmigración e estranxeiría non se reduce ao control de fluxos migratorios ou do mercado de traballo.

Á primeira vista, de acordo co art. 149.1.2ª da CE, non parece que as Comunidades Autónomas posúan competencias en materia de inmigración e estranxeiría; non obstante, existen uns cantos títulos competenciais en virtude dos cales aquelas poden intervir nalgúns campos que, aínda que non se enmarcan no que constitúe a materia de inmigración e estranxeiría en sentido estrito, teñen certa repercusión sobre o fenómeno migratorio. É o caso, por exemplo, de determinadas cuestións relacionadas coa integración social dos estranxeiros, que mostra como a inmigración cobrou en España un carácter transversal que a leva a aparecer en diferentes sectores da vida pública cuxa regulación está, en ocasións, en mans das Comunidades Autónomas.

Para os efectos dunha exposición ordenada das materias sobre as que se proxecta ese

crecente protagonismo das Comunidades Autónomas, cabe distinguir entre aquelas nas que estas teñen algún grao de intervención, a pesar da súa pertenza ao Estado, e aquelas que lles corresponden en exclusiva.

Pertence ao primeiro grupo de materias ao que se acaba de facer referencia a *lexislación laboral*, contida no artigo 149.1.7ª da CE e respecto da que as Comunidades Autónomas poden asumir a súa execución. Tamén a *sanidade*, cuxa transferencia ás Comunidades Autónomas -sempre e cando a súa actuación non consista en levar a cabo a regulación básica ou a súa coordinación, facultades que o artigo 149.1.16ª da CE encomenda ao Estado- permitiúlles crear os seus respectivos servizos de saúde. Por último, cabe traer a colación o art. 149.1.17ª, que posibilita que as Comunidades Autónomas se encarguen da *execución dos servizos da seguridade social*³⁸.

Trátase dunha serie de facultades -execución da lexislación laboral, execución de certos aspectos da protección social ou a posta en marcha de medidas de emprego e regulación e xestión de cuestións sanitarias- que presentan certa conexión co estatuto xurídico do estranxeiro aínda que non pertencen, nun sentido estrito, á materia de inmigración nin á de estranxeiría. Isto último non pode facer perder de vista que un traballador estranxeiro entra no ámbito subxectivo da lexislación laboral, é susceptible de ser contemplado nos plans e programas de emprego e é potencial receptor de asistencia sanitaria e do sistema de protección social. Polo tanto, a través de tales vías colaterais, as Comunidades Autónomas poderán desempeñar un papel, en todo caso tanxencial, respecto de certos aspectos relacionados coa protección do estranxeiro.

En canto ao segundo grupo de materias, pertence a el a asistencia social, que constitúe competencia exclusiva das Comunidades Autónomas en virtude do artigo 148.1.20ª da CE e figura asumida, como tal, pola Comunidade Autónoma de Galicia, no art. 27.23 do seu Estatuto de Autonomía. A súa conexión coa inmigración é evidente³⁹, como o proba o feito de que gran parte dos programas elaborados no marco desta atribución

38. Para facilitar o acceso dos estranxeiros á prestación de asistencia sanitaria, á que teñen dereito, algunhas Comunidades Autónomas, apoiándose na súa competencia de xestión e respectando as condicións impostas pola LOEX, crearon unha tarxeta sanitaria de carácter individual para aqueles, cando non contan con residencia legal en España. Así, o Decreto 26/2000, do 22 de febreiro, do Goberno da Comunidade Autónoma de Valenciana (Boletín Oficial da Comunidade Valenciana do 18 de febreiro de 2000), creou a "tarxeta solidaria". En Navarra, a Lei Foral 2/2000, do 25 de maio, impuxo á Comunidade o deber de adoptar as medidas oportunas para facilitar á poboación inmigrante a correspondente tarxeta individual sanitaria. En fin, o Decreto 31/2004, do 23 de marzo, do Goberno extremeño (Diario Oficial Extremadura do 30 de marzo de 2004), regulador da protección sanitaria dos estranxeiros na Comunidade Autónoma, creou a "tarxeta para a atención sanitaria no sistema sanitario público de Extremadura".

39. Un comentario do devandito artigo en J. GÁRATE CASTRO: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia* (dir. J. L. Carro Fernández-Valmayor), MAP (Madrid, 1991, páxs. 455-460). En Baleares, a partir de 1993, iniciáronse cunha maior estabilidade as actuacións públicas no campo do estudo e a intervención social sobre os grupos de inmigrantes, fortalecéndose e dándose continuidade ás actividades que viñan realizando outras entidades de carácter privado. O fenómeno da inmigración sufriu unha gran expansión e iso levou a que o Parlamento balear instase en 1998 ao Goberno autonómico á elaboración dun plan de integración social da inmigración.

competencial teñen como receptores a inmigrantes e a refuxiados⁴⁰. A inmigración e a estranxeiría contan cun contido complexo no que se inclúe, por un lado, todas aquelas cuestións relacionadas coa seguridade interior e a orde cidadán e, por outro, aquelas que faciliten a integración e a asistencia aos inmigrantes; precisamente, nesta parcela é na que a Administración autonómica xoga un papel moi importante. De feito, un repaso das actuacións concretas das Comunidades Autónomas sobre asistencia social mostra que o fenómeno migratorio é obxecto de atención entre os diferentes e múltiples aspectos que se teñen en conta á hora de elaborar unha determinada liña de actuación en materia asistencial (xa sexa en solitario ou en colaboración coa Administración estatal), de modo que en todas as normas autonómicas, xa se denominen de servizos sociais, de acción social ou de asistencia social⁴¹, aparece un denominador común, como é a inclusión dos inmigrantes e os refuxiados no seu ámbito subxectivo de aplicación⁴². Outros títulos de interese para estes efectos son os relativos a sanidade (artigo 33.1 do Estatuto de Autonomía) e promoción da actividade económica (artigo 30.1.1 do Estatuto de Autonomía), moi relacionados, como se indicou, co emprego.

40. No labor que levan a cabo respecto dos inmigrantes amparadas baixo o título competencial de asistencia social, as Comunidades Autónomas son auxiliadas polos axentes sociais, os que se encargan de defender e promover a integración da poboación inmigrante na sociedade española, para o cal programan campañas de sensibilización dirixidas á poboación en xeral co obxectivo de proporcionar un maior coñecemento dos diferentes grupos de inmigrantes que tratan de integrarse na sociedade española. Unha proba dese labor de achegamento ao fenómeno migratorio son os acordos asinados entre UGT e ATIME (Asociación de traballadores inmigrantes marroquís de España") e entre esta mesma asociación de inmigrantes e CCOO. Nos dous acordos, partindo da premisa de que España se converteu nun país de inmigración, faise especial fincapé na colaboración nos ámbitos de carácter institucional nos que estean presentes as organizacións asinantes, no ámbito das negociacións en que cada unha delas participe, así como nos acordos aos que poidan chegar. Tamén faise referencia ao intercambio de información e colaboración nas campañas que cada unha delas realice en materia de inmigración, na preparación e realización conxunta de xornadas, actos, campañas e actividades dirixidas á sensibilización social para trasladar valores sobre a inmigración como un fenómeno positivo para a sociedade española, detección de situacións de discriminación e explotación laborais, colaboración en actuacións que teñen como obxectivo a igualdade de xénero, colaboración no fomento da afiliación sindical como forma de incorporar aos traballadores inmigrantes á defensa dos seus dereitos laborais e sociais, así como intercambio recíproco de información en todas as cuestións relacionadas coas distintas actuacións que desenvolvan.

41. Se repasamos a lexislación autonómica na materia de servizos sociais podemos observar que se prestan dous tipos de servizos. Por un lado, os servizos de base, que buscan con carácter xeral o desenvolvemento do benestar social da poboación de forma integrada e polivalente, e, por outro, os servizos sociais especializados, cuxos destinatarios pertencen a grupos concretos, sendo o de inmigrantes un dos que conta cun tratamento específico. Aínda que a posta en marcha de actuacións asistenciais dirixidas aos inmigrantes non alcanzou o mesmo nivel en todas as Comunidades Autónomas, un número importante delas aprobaron plans de integración de inmigrantes a través dos cales non só se proporciona axuda primaria, xa sexa a través de albergues ou comedores, senón tamén unha maior integración laboral e cultural. Cabe traer a colación a existencia de diversas normas aprobadas polas Comunidades Autónomas, baseadas nas súas respectivas competencias de asistencia social, nas que os estranxeiros, nalgúns casos cumprindo certos requisitos e noutros non, tamén son destinatarios da actuación autonómica. Así, a Lei 5/2003, do 3 de abril, de atención e protección ás persoas maiores de Castela e León, dispón, no seu art. 2, ao facer referencia ao ámbito de aplicación, que este inclúe "as estranxeiras e estranxeiros que se atopen na Comunidade (...) de acordo co disposto nos Tratados, Convenios Internacionais, así como no resto das disposicións vixentes"; pola súa parte, a Lei 14/2001, do 25 de xullo, de promoción, atención e protección á infancia en Castela e León, establece en art. 2 que "as medidas de atención e protección consideradas na presente Lei, serán de aplicación a todos os menores de idade, calquera que fose a súa nacionalidade, que teñan o seu domicilio ou se atopen eventualmente no territorio da Comunidade Autónoma de Castela e León".

En calquera caso, a CE non é o único texto de referencia cando o que se pretende é ter un coñecemento cabal da repartición de funcións existente entre o Estado e as Comunidades Autónomas en materia de inmigración e estranxeiría, pois a LOEX tamén lles atribúe algunhas funcións ou competencias. De acordo coas previsións do devandito texto legal, corresponde a aquelas unha función consultiva a facer efectiva a través dos representantes autonómicos con que contan algúns órganos que teñen asignado este tipo de actuación. En concreto, contan con representación no *Consello superior de política de inmigración*, que se encarga de asegurar unha axeitada coordinación entre as diversas Administracións públicas competentes para levar a cabo actuacións conectadas coa integración social dos inmigrantes, e no *Foro para a integración social dos inmigrantes*⁴³. Nese bloque da función consultiva encádrase tamén o papel que as Comunidades Autónomas terán atribuído, seguramente, no *Observatorio español do racismo e a xenofobia*, creado pola Lei orgánica 14/2003, a composición da cal, aínda que non se coñece por falta de desenvolvemento regulamentario, parece que incluíría representantes das Comunidades Autónomas.

Así mesmo, as Comunidades Autónomas contan cun intenso grao de intervención respecto da elaboración do continxente anual de autorizacións para o traballo de estranxeiros. Tal intervención materialízase no feito de que as propostas daquelas, deseñadas en función das súas necesidades de man de obra, han de ser tidas en conta con carácter previo á aprobación final do continxente. En concreto, as Comunidades Autónomas interveñen ao longo da elaboración deste de dúas maneiras diferentes. En primeiro lugar e de forma directa, poden, de acordo cos arts. 39 da LOEX e 79 do REX, elevar propostas ao Goberno concretando o número de ofertas de emprego e as características profesionais dos traballadores. En segundo lugar, e neste caso indirectamente, as Comunidades Autónomas interveñen na elaboración do continxente na medida en que os datos que serven de base á proposta que se eleva ao Delegado ou ao Subdelegado do Goberno, segundo proceda, para concretar o continxente é elaborado pola Comisión Executiva Provincial ou Insular do Servizo Público de Emprego Estatal, que se integra na Administración autonómica naquelas Comunidades Autónomas nas que se transferiron os servizos públicos de emprego e conta con representantes autonómicos nas demais. En calquera caso, tanto se se transferiron os servizos públicos de emprego coma se non, a Administración autonómica está presente na citada Comisión.

42. Nun informe elaborado como consecuencia da análise do Proxecto do plan xeral de servizos sociais da Comunidade Autónoma de Canarias, o Consello Económico e Social puxo de manifesto a conveniencia de que as políticas asistenciais teñan en conta o fenómeno migratorio. No devandito informe facíase referencia á conveniencia de incluír como proposta específica a creación de liñas de actuación orientadas ao tratamento do fenómeno da inmigración que, entre outras actividades, poderían incluír campañas públicas de concienciación cidadá dirixidas á promoción dos valores de solidariedade e cidadanía co fin de propiciar o achegamento da realidade inmigratoria á sociedade española.

43. De acordo co art. 70 da LOEX, este órgano está formado, entre outros, por representantes das Administracións públicas, expresión xenérica que, sen lugar a dúbidas, dá cobertura á inclusión dos representantes da Administración autonómica. A súa regulación proporciónaa o Real Decreto 3/2006, do 16 de xaneiro, que o adscribe ao Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais (na actualidade Ministerio de Traballo e Inmigración). Constitúe un "órgano de consulta, información e asesoramento en materia de integración dos inmigrantes". Dous dos trinta vogais que o compoñen representan as Comunidades Autónomas.

Paga a pena facer unha indicación, así mesmo, polo que á tramitación do continxente se refire, á existencia doutra manifestación da participación autonómica na súa elaboración. Trátase dunha intervención mediatizada polo *Consello Superior de Política de Inmigración*, que ha de ser oído con carácter previo á aprobación do continxente e que está integrado, entre outros, por representantes das Comunidades Autónomas. Estase ante outra clara manifestación da intervención autonómica no deseño da política de inmigración, aínda que se trate tamén dunha vía indirecta, a través da presenza no Consello⁴⁴.

Á parte do exposto ata agora, as Comunidades Autónomas tamén teñen atribuído un papel de xestión nun suposto moi específico, que é o do traballo de tempada. Segundo o art. 42.5 da LOEX, froito da modificación realizada por Lei orgánica 14/2003, aquelas co-laborarán coa Administración do Estado na programación das correspondentes campañas. Sobre iso garda silencio o REX.

Para concluír con esta exposición das relacións entre a LOEX e o papel das Comunidades Autónomas en materia de inmigración e estranxeiría, debe facerse unha referencia á disposición adicional segunda daquela (engadida pola Lei 8/2000), que establece que, "en atención á situación territorial e á especial incidencia do fenómeno migratorio e ás competencias que teñan recoñecidas nos seus respectivos Estatutos de Autonomía en materia de execución laboral e en materia de asistencia social, e en concordancia cos mesmos, poderanse constituír subcomisións no seo das comisións bilaterais de cooperación entre o Estado e as Comunidades Autónomas, de acordo co que preveñan os seus respectivos Estatutos de Autonomía, para analizar temas de interese relativos ao traballo e residencia de estranxeiros que os afecten directamente". Consciente da desigual distribución dos fluxos migratorios entre Comunidades Autónomas e as diferenzas existentes entre elas á hora de analizar e abordar o fenómeno migratorio, o lexislador trata, no precepto transcrito, de coordinar a actuación das diferentes Administracións con medidas que comprenderían, mesmo, a creación de órganos específicos encargados da coordinación interrexional.

44. De acordo co art. 68.1 da LOEX, a finalidade do devandito órgano é "asegurar unha axeitada coordinación das actuacións das Administracións públicas con competencias sobre a integración dos inmigrantes". Nel participan representantes do Estado, das Comunidades Autónomas e dos municipios. Está regulado polo Real Decreto 344/2001, do 4 de abril. Presenta unha composición tripartita. En primeiro lugar, conta con representación dos Departamentos ministeriais que exercen competencias no tratamento da estranxeiría, a inmigración e o asilo e forman parte da Comisión interministerial da estranxeiría; en segundo lugar, conta con participación das Comunidades Autónomas, a través das correspondentes Consellarías e, por último, está representada a Administración local a través da asociación de Entidades locais de ámbito estatal con maior implantación. A Administración Xeral do Estado está representada por dezaioito vogais, con rango mínimo de Director Xeral, procedentes de distintos Departamentos ministeriais; cada unha das Comunidades Autónomas e as cidades de Ceuta e Melilla contan cun representante que ha de ter competencia sobre a integración dos inmigrantes; en fin, as Entidades Locais contan con dez representantes, designadas pola asociación de entidades locais de ámbito estatal con maior implantación. Ten encomendadas as funcións de: 1) servir de canle, en materia de integración dos inmigrantes, de colaboración, comunicación e información entre as Administracións públicas que o compoñen; 2) intercambiar información e asistencia, así como formular propostas tendentes a promover a integración social e laboral dos inmigrantes; 3) solicitar información dos axentes sociais e económicos implicados no fenómeno da inmigración; 4) emitir informe previo ao establecemento polo Goberno do continxente anual de man de obra, segundo o previsto no art. 39 da LOEX; 5) analizar as propostas formuladas polos seus membros e que teñan incidencia na citada materia; 6) levar a cabo o seguimento e a avaliación das materias relacionadas coa integración do inmigrante tratadas nas diferentes conferencias sectoriais; e 7) aprobar as normas de réxime interno que se estimen procedentes para o mellor desenvolvemento dos seus traballos e levar a cabo cantas outras actuacións se consideren necesarias en relación á política de integración social e laboral dos inmigrantes.

IV. UNHA REFERENCIA AO PAPEL DOS AXENTES SOCIAIS

Como non podía ser de outra maneira e tendo en conta a dimensión social do fenómeno migratorio, é preciso analizar o papel que nesta materia xogan as organizacións sociais. A expresión ten un sentido amplo, que comprende todas aquelas cuxa actuación estea conectada nalgunha medida co fenómeno migratorio e, en concreto, co entorno social que rodea aos inmigrantes, incluíndo, polo tanto, ademais das organizacións sindicais e empresariais, as asociacións doutra índole que realizan actividades que encaixen na aludida actuación (de apoio á emigración, de emigrantes). Con todo, son as organizacións sindicais e empresariais as que aquí se toman en consideración.

Comezando polas funcións que en materia de inmigración poden levar a cabo as asociacións sindicais, cabe distinguir entre as que realizan no marco do cumprimento dos obxectivos marcados nos seus propios estatutos ou, se se prefire, do seu "ideario", e as que desempeñan como consecuencia dunha atribución legal, a que realiza a LOEX. Forma parte do primeiro campo:

- 1) O desenvolvemento dunha función de carácter *informativo*, consistente, basicamente, no asesoramento, principalmente de carácter xurídico, tanto sobre os trámites precisos para regularizar a estanza dos estranxeiros que entran en España sen as correspondentes autorizacións administrativas e as súas posibilidades de acceso a un posto de traballo, como sobre os trámites que afecten a estes como persoas traballadoras, independentemente da súa situación administrativa.
- 2) A realización de actividades tendentes á *integración* da poboación inmigrante na sociedade española a través, por exemplo, da programación de campañas de sensibilización dirixidas á poboación en xeral e cuxo obxectivo é o de proporcionar un maior coñecemento dos diferentes grupos de inmigrantes e favorecer a súa integración social.
- 3) A análise da política migratoria adoptada polo Goberno. A actuación dos sindicatos neste campo comprende tanto a realización de informes que chaman a atención sobre as deficiencias que aqueles aprecian na devandita política como o estudo de realidades migratorias concretas cuxo resultado é difundido publicamente co obxectivo de concienciar e sensibilizar a sociedade receptora.
- 4) O desenvolvemento dunha acción reivindicativa dos dereitos dos traballadores estranxeiros a partir do seu coñecemento, como espectadores directos da realidade laboral, das situacións de explotación que poidan afectar aqueles.

Polo que se refire ás funcións que encomenda a LOEX ás asociacións sindicais e empresariais, son de consulta e asesoramento e concordan coas que aparecen nas lexislacións de estranxeiría dos demais Estados da Unión Europea que tamén ten en conta os axentes sociais á hora de regular a materia migratoria⁴⁵. É de consulta a intervención

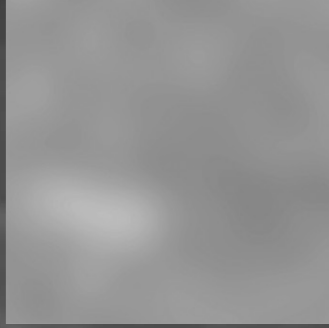
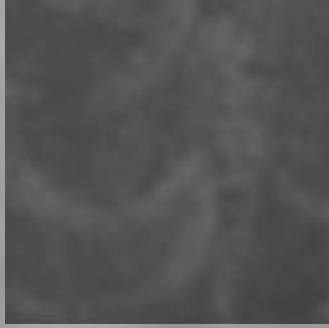
45. Así, en Austria, o Goberno consulta aos axentes sociais, entre outras cuestións, respecto das cotas de traballadores temporais. En Bélxica, aqueles participan en actividades contra discriminación e racismo, na creación de comités e servizos de inmigración e recrutamento, así como na aprobación de acordos de cooperación no marco da igualdade de oportunidades. En Dinamarca adoptouse, en maio de 2002, un Acordo

sindical na fixación do continxente anual, a realizar polo Goberno tendo en conta as propostas que eleven as asociacións sindicais e empresariais máis representativas (art. 39.2 da LOEX). É de asesoramento, a intervención sindical no *Foro para a integración social dos inmigrantes* (art. 70 da LOEX), órgano que formula propostas e recomendacións tendentes a promover a integración dos inmigrantes e refuxiados na sociedade española, recibe información sobre programas e actividades que levan a cabo a Administración Xeral do Estado, as Administracións das Comunidades Autónomas e as Administracións locais en materia de integración social dos inmigrantes e solicita e canaliza as propostas das organizacións sociais que desenvolven actividades no ámbito da inmigración. O devandito Foro é, ademais, o encargado de preparar un informe anual sobre as propostas, plans e programas que repercutan na integración social dos inmigrantes e refuxiados. Na medida en que as organizacións sindicais forman parte deste órgano, ha de recoñecerse a súa intervención, sequera indirecta, en todas as funcións que ten atribuídas.

entre os axentes sociais, as Corporacións Locais e o Goberno co fin de fortalecer as medidas dirixidas a lograr a integración de inmigrantes e refuxiados no mercado de traballo. En Finlandia, os axentes sociais participan na consulta tripartita sobre política migratoria que se realiza periodicamente, elaboran material informativo e organizan cursos para inmigrantes en diversos sectores de actividade. En Francia encárganse, sobre todo, de levar a cabo campañas contra o racismo, actividades de investigación e accións de solidariedade. En Alemaña participaron no marco da Comisión de inmigración, cuxa finalidade era elaborar un informe para fixar as bases da Lei de inmigración; así mesmo, realizan campañas contra as condicións de emprego ilegal para inmigrantes na construción e campañas contra o racismo. En Grecia implicanse en comités de seguimento de programas de mercado de traballo, que afectan a inmigrantes, elaboran campañas para legalizar inmigrantes ilegais e campañas de apoio ás organizacións de inmigrantes. Máis reducida é a súa implicación formal na política migratoria en Irlanda, onde o seu labor se centra na elaboración de campañas contra o racismo e contra o abuso de inmigrantes. En Italia son consultados cando se elaboran borradores sobre a política de inmigración, son invitados ás reunións do Comité de coordinación e seguimento sobre inmigración e están representados nos corpos nacionais e nos comités locais relacionados cos inmigrantes e coa súa integración; tamén levan a cabo campañas e actividades sobre igualdade de condicións contra o racismo e a explotación, campañas específicas de recrutamento e adoptan medidas para mellorar a representación dos inmigrantes nas estruturas sindicais. En Luxemburgo implicanse na aprobación de "acordos sobre mercado de traballo" con outros países e nas políticas de regularización para inmigrantes ilegais, así como na creación de departamentos específicos de inmigrantes. En Holanda están fortemente implicados en case todas as políticas públicas relacionadas co mercado de traballo, incluíndo as políticas de inmigración; tamén organizan actividades de contratación, propician a creación de departamentos específicos que aborden os problemas que presenta a política migratoria e adoptan medidas para mellorar a representación de estranxeiros nas estruturas internas do sistema. En Portugal cooperan nas medidas que se adoptan contra a inmigración ilegal, en especial en industrias hoteleiras, construtoras e metalúrxicas; tamén realizan campañas a finalidade das cales é promover a integración dos inmigrantes na sociedade portuguesa, evitar as condutas racistas e o traballo ilegal. Así mesmo, participan en labores de formación, como a organización de seminarios, conferencias e publicacións relacionadas coa materia migratoria. En Suecia consúltaselles sobre políticas de migración e tamén poñen en marcha programas de educación especial e proxectos de integración da poboación estranxeira na sociedade sueca. Paga a pena resaltar a creación de oficinas sindicais específicas para temas de inmigración. Por último, en Reino Unido consúltaselles con carácter previo á adopción de cambios nas políticas de migración, incluíndo os cambios relacionados cos permisos de traballo. Tamén están representados nun novo grupo de traballo sobre inmigración ilegal, desenvolven actividades destinadas a impulsar a integración e combater o racismo e poñen en marcha campañas especiais de cooperación cos sindicatos dos países de orixe.

CAPÍTULO III

DEREITOS DOS ESTRANGEIROS



SUMARIO:

I. MODULACIÓN LEGAL. -II. DEREITO Á EDUCACIÓN. -III. DEREITO Á ASISTENCIA SANITARIA. -IV. DEREITO Á ASISTENCIA SOCIAL E AOS SERVIZOS SOCIAIS. - V. DEREITOS LABORAIS: 1. Identificación xeral; 2. Os contratos de traballo de estranxeiros en Galicia; 3. Os dereitos colectivos. -VI. DEREITO Á SEGURIDADE SOCIAL: 1. Alcance; 2. O caso particular da capitalización da prestación contributiva por desemprego; 3. Impacto dos traballadores estranxeiros en Galicia sobre a seguridade social

I. MODULACIÓN LEGAL

De acordo co art. 13.1 da CE, "os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas" garantidas no título primeiro "nos termos que establezan os tratados e a lei". Desta cláusula xeral derívase unha importante tarefa para o lexislador, ao que se encomenda que decida en que termos os dereitos recoñecidos na CE son extensibles aos estranxeiros. Por este motivo o citado artigo constitúe o punto de partida e o eixe central da atribución de dereitos aos estranxeiros e serviu para crear a coñecida e difundida clasificación de dereitos realizada polo Tribunal Constitucional.

O devandito Tribunal diferenza un primeiro bloque de dereitos que son imprescindibles para a garantía da dignidade humana, como son os relativos á vida, á integridade física e moral, á intimidade ou á liberdade ideolóxica, os cales corresponden aos estranxeiros por mandato constitucional, de modo que a nacionalidade ou a situación administrativa do seu titular non desempeña ningún papel á hora de modular o seu exercicio. En segundo lugar, distingue un bloque de dereitos que non pertencen "en modo ningún" aos estranxeiros, entre os que se atopan os recoñecidos no art. 23 de CE, coa salvidade que conteñen, debido á súa estreita conexión con exercicio de soberanía e con idea de cidadanía. Finalmente, figura o bloque constituído polos dereitos que pertencerán ou non aos estranxeiros segundo o dispoñan os tratados e as leis, sendo entón admisible respecto deles as diferenzas de trato baseadas na estranxeiría dos seus titulares. Neste último bloque inclúense importantes dereitos básicos, como o dereito a entrar e saír libremente do territorio nacional, e dereitos laborais fundamentais, como o dereito á liberdade sindical ou o dereito á folga.

Os dereitos que integran o bloque ao que acaba de facerse referencia enténdense recoñecidos a favor dos estranxeiros nos termos que estableza o lexislador. Agora ben, esta reserva a favor do lexislador non é absoluta, pois os mandatos constitucionais e, sobre todo, o contido esencial de cada dereito funcionan como límite a ese labor de configuración. En consecuencia, haberá dereitos cuxo exercicio, dende unha perspectiva constitucional, pode quedar condicionado para os estranxeiros, o que impide afirmar que, nese caso, a desigualdade entre españois e estranxeiros, que se traduce en que o exercicio do dereito para estes últimos se atope sometido ao cumprimento de determinadas condicións, teña a consideración de inconstitucional e "non porque [a diferenza de trato] atópanse xustificada en razóns atendibles, senón, porque (...) nada esixe que deba existir a igualdade de trato" (sentenzas TC 107/1984, 99/1985, do 30 de setembro, 115/1987 do 7 de xullo, e 95/2003, do 22 de maio).

O art. 3 da LOEX, que dispón, baixo a rúbrica "dereitos e liberdades dos estranxeiros e interpretación das normas", que "os estranxeiros gozarán en España dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución nos termos establecidos nos tratados internacionais, nesta lei e nas que regulan cada un deles", permite concluír que a igualdade de trato e o dereito á non discriminación, que o art. 14 da CE refire aos españois, tamén rexen respecto dos estranxeiros. Con todo, se indicará a continuación en que termos o fai e con que limitacións, pois, de acordo coa teoría elaborada ao respecto polo TC, se require unha análise particular de cada dereito.

Na primeira versión da LOEX diferenciábase entre os dereitos que se recoñecían aos estranxeiros nos mesmos termos que aos españois e os dereitos cuxa titularidade unicamente se recoñecía a os estranxeiros que contasen con autorización de estanza, de residencia ou que estivesen empadroados. A modificación operada pola Lei orgánica 8/2000, aínda que mantivo eses mesmos dereitos, introduciu algunhas matizacións. Actualmente, como consecuencia da devandita modificación, a LOEX, a pesar de partir da igualdade de dereitos entre estranxeiros e españois, distingue entre titularidade e exercicio, de tal maneira que, ás veces a primeira, ás veces o segundo e, nalgúns casos, unha e outro quedan sometidos ao cumprimento dunha condición, que é a de que o estranxeiro dispoña dunha autorización administrativa de residencia ou de traballo, en función do dereito de que se trate.

En concreto, a LOEX recoñece a todos os estranxeiros, na súa titularidade e no seu exercicio, sen esixencia de ningún requisito engadido relativo á permanencia en España, o dereito á educación para os menores de dezoito anos, que comprende o acceso a un ensino básico, gratuito e obrigatorio (art. 9.1), o dereito aos servizos e prestacións sociais básicas (art. 14.3), o dereito á tutela xudicial efectiva (art. 20), o dereito á asistencia xurídica gratuita en determinados procesos (art. 22.1) e o dereito a non ser discriminado por razóns, entre outras, de nacionalidade ante os servizos públicos [art. 23.2.a) e b)]. No caso do dereito á asistencia sanitaria, tanto a súa titularidade como o seu exercicio dependen do empadramento. Non obstante, en caso de urxencia e respecto dos menores e as mulleres embarazadas atribúense tanto a titularidade como o exercicio do dereito sen suxeición a condición ningunha (art. 12).

En cambio, figuran condicionados á tenza dunha autorización o exercicio do dereito de reunión e manifestación (art. 7), o dereito de asociación (art. 8), o dereito á educación non obligatoria (art. 9.3), o dereito ao traballo e á seguridade social (art. 10), o dereito á liberdade sindical e á folga (art. 11), o dereito a recibir axudas en materia de vivenda (art. 13), o dereito aos servizos sociais que non teñan o carácter de básico (art. 14), o dereito ao reagrupamento familiar (art. 16), o dereito á asistencia xurídica gratuita cun alcance xeral (art. 22.2) e o dereito á non discriminación á hora de acceder a aquelas prestacións que están recoñecidas pola lei, precisamente en favor dos estranxeiros que se atopen regularmente no país [art. 23.2. c) e d)].

Por último, hai dereitos cuxa titularidade e exercicio condiciónase a que o estranxeiro se atope nunha situación administrativa regular. Tales son o dereito á libre circulación (art. 5) e o dereito de participación pública (art. 6), os cales non poden ser exercitados por quen non conta con autorización e, ademais, a diferenza dos anteriores, nin sequera son formalmente de titularidade dos que non cumpren as correspondentes condicións legais e administrativas para atoparse en España.

Sen prexuízo dos indicados matices, o decisivo é que determinados dereitos non poden ser gozados polos traballadores estranxeiros, xa sexa porque se exclúe a súa titularidade xa sexa porque se impide o seu exercicio a quen non conta con autorización administrativa.

Semellante atribución ou exercicio de dereitos con suxeición a condicións non é unha materia exenta de polémica. Pono de manifesto o feito de que se interpuxesen ata nove

recursos de inconstitucionalidade contra a Lei orgánica 8/2000⁴⁶. A inconstitucionalidade desta norma, segundo os recorrentes, tiña que ver, entre outros motivos, polo que aquí interesa, co tratamento outorgado aos dereitos de asociación⁴⁷, de liberdade sindical e de folga dos estranxeiros⁴⁸.

O TC resolveu os aludidos recursos noutras nove sentenzas, todas elas ditadas a finais de 2007⁴⁹, de entre as que destacan, polo que concirne ao informe do que forma parte a presente exposición, a 236/2007, do 7 de novembro, e a 259/2007, do 19 de decembro, por sentar a doutrina constitucional acerca do dereito de sindicación e do dereito de folga dos estranxeiros. A devandita doutrina salientase máis adiante, dentro da análise individualizada de cada un deses dereitos.

II. DEREITO Á EDUCACIÓN

A conexión que presenta o dereito á educación, recoñecido no art. 27 da CE, coa formación e a posterior inserción no mercado de traballo xustifica a inclusión neste informe do réxime xurídico que resulta aplicable cando se trata de estranxeiros. Nesta materia o precepto clave é o art. 9 da LOEX, no que destacan os seus catro primeiros apartados, ao longo dos cales se xoga cos criterios da idade e do carácter voluntario ou obrigatorio do ensino.

Sen prexuízo das matizacións que logo faranse, froito da interpretación que o TC deu a aquel artigo na súa sentenza 236/2007, do 7 de novembro, a lexislación de estran-

46. Interpostos polo Parlamento Vasco (1664/2001), o Consello de Goberno da Xunta de Andalucía (1640/2001), o Consello de Goberno da Xunta de Comunidades de Castela -A Mancha (1669/2001), o Grupo Parlamentario do PSOE no Congreso (1668/2001), o Consello de Goberno da Comunidade Autónoma das Illas Baleares (1670/2001), a Deputación Xeral de Aragón (1671/2001), o Consello de Goberno da Xunta de Extremadura (1677/2001), o Consello de Goberno do Principado de Asturias (1979/2001) e o Parlamento de Navarra (1707/2001). En todos eles se cuestiona a modificación introducida no título I da LOEX pola Lei orgánica 8/2000 respecto do exercicio dos estranxeiros en España dos dereitos fundamentais de reunión e manifestación, asociación, acceso á educación de natureza non obrigatoria e as liberdades de sindicación e folga.

47. Os motivos de inconstitucionalidade alegados polo Grupo Parlamentario do PSOE no Congreso no seu recurso son: a vulneración da normativa internacional, pois o art. 20 da Declaración universal de dereitos humanos, o art. 22 do Pacto internacional de dereitos civís e políticos e o art. 11 do Convenio europeo de dereitos humanos recoñecen o dereito de asociación "a toda persoa". Así mesmo, enténdese que a limitación xenérica e absoluta ao exercicio dun dereito afecta ao núcleo esencial do dereito e, por iso, se entende que a cláusula "e que poderán exercer (o dereito de asociación) cando obteñan autorización de estanza ou residencia en España" supera e descoñece o contido esencial do dereito de asociación e resulta contrario á CE.

48. No seu recurso, o Grupo Parlamentario do PSOE formula a inconstitucionalidade do tratamento legal dado ao dereito de liberdade sindical e ao dereito de folga traendo a colación o art. 23.4 da Declaración universal de dereitos humanos, o art. 8.1 do Pacto internacional de dereitos económicos, sociais e culturais, o art. 22 do Pacto internacional de dereitos civís e políticos e o Convenio 87 da OIT sobre liberdade sindical e o art. 11.1 do Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e das liberdades públicas, do Consello de Europa, nos que se recoñece o dereito de toda persoa a afiliarse a un sindicato e a fundalo.

49. Sentenzas 236/2007, do 7 de novembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1707/2001); 259/2007, do 19 de decembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1640/2001); 260/2007, do 20 de decembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1644/2001); 261/2007, do 20 de decembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1668/2001); STC 262/2007, do 20 de decembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1669/2001); 263/2007, do 20 de decembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1671/2001); 264/2007, do 20 de decembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1677/2001); e 265/2007, de 20 de decembro de 2007 (recurso de inconstitucionalidade 1679/2001).

xeiría distingue entre ensino obrigatorio e non obrigatorio. De acordo co devandito precepto, "todos os estranxeiros menores de dezaioito anos teñen dereito e deber (*sic*) á educación nas mesmas condicións que os españois, dereito que comprende o acceso a un ensino básico, gratuito e obrigatorio, á obtención da titulación académica correspondente e ao acceso ao sistema público de bolsas e axudas". Pois ben, resulta evidente que neste caso a norma non esixe ao estranxeiro estar nunha situación administrativa regular, pois atribúe o dereito a "todos os estranxeiros". Pola contra, cando do ensino non obrigatorio se trata, o artigo comentado atribuíu o dereito aos "estranxeiros residentes", polo que só os que contasen coa preceptiva autorización terían dereito a acceder "aos niveis de educación e ensino non previstos no apartado anterior [ensino obrigatorio] e á obtención das titulacións que correspondan a cada caso, xa ao acceso ao sistema público de bolsas e axudas".

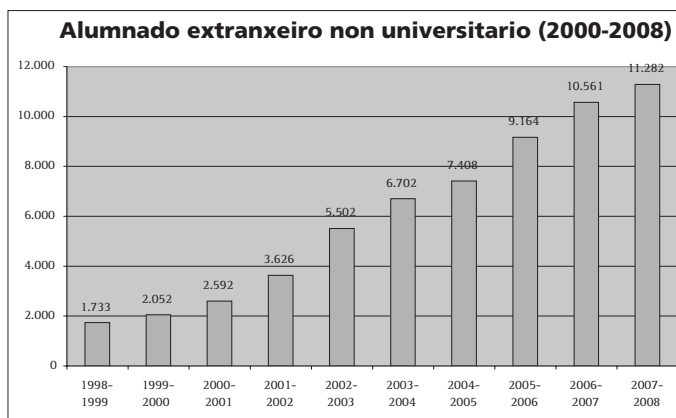
A situación exposta cambia coa STC 236/2007, do 7 de novembro, que declara a inconstitucionalidade e nulidade do termo "residentes" utilizado polo art. 9.3 da LOEX ao referirse ao dereito ao ensino non obrigatorio dos estranxeiros. O Parlamento de Navarra, no seu recurso de inconstitucionalidade contra a Lei 8/2000, solicitara a declaración de inconstitucionalidade daquel precepto porque a súa redacción vulneraba o art. 27.1 da CE en relación co art. 39.4, o art. 28 da Convención das Nacións Unidas sobre dereitos do neno e o art. 26 da Declaración universal dos dereitos humanos, ao impedir o acceso ao ensino non básico aos estranxeiros menores de dezaioito anos que non tivesen residencia legal en España. O recorrente entendía que o dereito do neno a ser escolarizado, comprendido no art. 27.1 da CE, inclúe tanto o ensino básico como o non básico, de maneira que a diferenciación na que se baseaba a LOEX á hora de atribuír o dereito á educación aos estranxeiros sería contraria ao devandito precepto.

A esta mesma conclusión chega o TC, para o cal "o contido constitucionalmente declarado polos textos aos que se refire o artigo 10.1 CE do dereito á educación garantido no artigo 27.1 CE inclúe o acceso non só ao ensino básico, senón tamén ao ensino non obrigatorio, do que non poden ser privados os estranxeiros que se atopen en España e non sexan titulares dunha autorización para residir. O precepto impugnado impide aos estranxeiros menores de dezaioito anos sen autorización de estanza ou residencia acceder ao ensino secundario postobligatorio (*sic*), ao que non obstante poden acceder, segundo a lexislación educativa vixente, aqueles que obtiveran o título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente á idade de dezaseis anos. Ese dereito de acceso á educación non obligatoria dos estranxeiros menores de idade forma parte do contido do dereito á educación, e o seu exercicio pode someterse aos requisitos de mérito e capacidade, pero non a outra circunstancia como a situación administrativa do menor" (fundamento xurídico 8, *in fine*).

Así pois, o dereito á educación dos estranxeiros comprende, con independencia da súa situación administrativa, ademais do acceso ao ensino básico, gratuito e obrigatorio, con inclusión da obtención da titulación académica correspondente e do acceso ao sistema público de bolsas e axudas, o acceso á educación non obligatoria nas mesmas condicións que os españois, con igual inclusión da obtención das titulacións que correspondan e o acceso ao sistema público de bolsas e axudas. En *Galicia*, a Orde do 20

de febreiro de 2004, pola que se establecen as medidas de atención específica ao alumnado procedente do estranxeiro, regula os problemas especiais que se detectaron na escolarización de estranxeiros, como o descoñecemento das linguas cooficiais, o desfase curricular ou as dificultades de adaptación por circunstancias sociais ou culturais.

A xuventude da poboación estranxeira en Galicia compróbase ao examinar o número dos alumnos non españois en ensino non universitario, que se multiplicou por seis dende 1998, ata supoñer un tres por cento do total de matriculados. No total español, a cifra case se decuplicou. Debe terse en conta que, fronte a tal crecemento, nun período de referencia próximo, entre 1997 e 2007, a poboación escolarizada en toda España nestes mesmos niveis descendeu un 6'2 por cento, dende 7.308.572 ata 7.081.682. O descenso en Galicia chega a cotas do 24'4 por cento, as máis altas de España, por detrás de Asturias⁵⁰.



CADRO 1. Fonte: Secretaría Xeral da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria. Elaboración propia.

Por niveis educativos, a presenza máis acusada de alumnos estranxeiros corresponde, no período indicado, ao *ensino primario*, onde a porcentaxe se eleva ata o 3'7 por cento da matrícula. En contraste, en *educación infantil* só se rexistra un 2'2 por cento de alumnado estranxeiro, o cal podería indicar certo freo no crecemento da poboación non española de menor idade. Fronte a estes datos, a cifra de alumnado universitario, que rolda o un por cento e que vén distorsionada pola presenza de estudantes do programa Erasmus, resulta insignificante.

Conforme aos datos máis recentes do Ministerio de Educación e Ciencia ("Datos e cifras do curso escolar 2007-2008"), Galicia ocupa a penúltima posición en escolarización de estranxeiros (2'8 por cento), só por diante de Estremadura (2'6 por cento) e inmediatamente despois de Asturias (3'6 por cento). Esta orde é exactamente o mesmo que na porcentaxe de empadroadamentos.

50. Ministerio de Educación e Ciencia, *Datos y cifras 2007-2008*.

III. DEREITO Á ASISTENCIA SANITARIA

O art. 43 da CE impón aos poderes públicos o deber de organizar e tutelar a saúde pública a través de medidas preventivas e das prestacións e servizos necesarios, sendo a lei a encargada de establecer os dereitos e deberes existentes ao respecto. Este mandato materialízase a través da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, cuxo ámbito subxectivo está constituído polos españois e os cidadáns estranxeiros *residentes* no territorio nacional, aos que o art. 1 recoñece o dereito á protección da saúde e á atención sanitaria. Destinatarios da asistencia sanitaria serían, polo tanto, de acordo coa devandita Lei, os estranxeiros que conten cunha situación administrativa regular. Non obstante, a LOEX, no seu art. 12, recoñece o dereito á asistencia sanitaria aos estranxeiros inscritos no padrón do municipio no que residan habitualmente, con independencia da situación administrativa na que se atopen. Tendo en conta a disparidade de criterios que presentan estes dous textos legais á hora de atribuír o dereito de asistencia sanitaria e o principio de especialidade na aplicación das normas, hai que concluír que os estranxeiros teñen recoñecido o dereito á asistencia sanitaria gratuíta con independencia de que conten ou non cunha autorización administrativa.

A indicada preferencia aplicativa da LOEX implica que os estranxeiros están equiparados aos nacionais no que concirne ao disfrute da asistencia sanitaria sempre e cando se inscriban no padrón municipal, xa sexa como consecuencia da súa inclusión nun réxime de seguridade social, que será o mecanismo utilizado polos que traballen e, por conseguinte, conten coa correspondente autorización de traballo, ou como consecuencia da insuficiencia de recursos. De acordo co art. 1 do Real Decreto 1088/1989, do 8 de setembro, que estende a cobertura da asistencia sanitaria da seguridade social ás persoas sen recursos económicos suficientes, dáse esta situación cando non se iguala ou supera en cómputo anual a cantidade do salario mínimo interprofesional, concedéndose igualmente o dereito aínda que se supere o devandito límite se o cociente de dividir as rendas anuais entre o número de menores ou incapacitados ao seu cargo fóra igual ou menor á metade do devandito salario. En definitiva, para ter acceso á asistencia sanitaria por esta vía é preciso non superar un determinado nivel de ingresos económicos e non ter acceso á asistencia sanitaria por medio de calquera réxime da seguridade social. Non obstante, cando falamos de estranxeiros, o dato clave é o empadroamento, que posibilita o disfrute do dereito nos mesmos termos que un español.

Unha situación máis delicada é a dos estranxeiros que non están empadroados, pois só teñen dereito á asistencia sanitaria pública de urxencia cando se produza unha enfermidade grave ou un accidente e o alcance da prestación limitase ao tratamento médico necesario ata que se produza a situación de alta médica. A estes efectos hai que ter en conta o Real Decreto 63/1995, do 20 de xaneiro, de ordenación das prestacións sanitarias, que diferenza entre asistencia de urxencia primaria e atención de urxencia hospitalaria. Hai quen interpreta a norma en sentido estrito e considera que a LOEX se refire unicamente á asistencia de urxencia hospitalaria que comprende o diagnóstico, primeiros coidados e tratamento necesario para atender a urxencia ou necesidade inmediata, avaliar o proceso e as circunstancias do paciente e remitilo ao nivel de atención primaria ou especializada que se considere axeitado. Non obstante, ao noso xuízo,

a atención primaria tamén pode ser de urxencia e a LOEX só esixe urxencia, isto é, atopámonos ante unha necesidade perentoria.

Ademais, o art. 12 da LOEX prevé un réxime xurídico diferenciado que ten o seu fundamento na minoría de idade de quen require a asistencia sanitaria, nun caso; e no estado de xestación, noutro. En efecto, aos menores recoñéceselles sempre o dereito a asistencia sanitaria, con independencia de que estean ou non inscritos no padrón municipal e cun amplo alcance, pois non se introducen limitacións relacionadas nin co tipo de afección, nin coa súa gravidade. Igual trato ofrécese ás mulleres embarazadas, ás cales a LOEX recoñece o dereito á asistencia sanitaria durante o embarazo, o parto e o postparto. Así pois, os menores estranxeiros e as mulleres estranxeiras embarazadas poden gozar do dereito á asistencia sanitaria sen sometemento a ningunha condición, salvo o mantemento das que deron lugar á obtención da protección co devandito alcance, é dicir a minoría de idade nun caso, e o estado de xestación, no outro.

En *Galicia*, a responsabilidade da planificación da atención sanitaria correspóndelle á Consellería de Sanidade. Nesta área, o traballo realizado foi escaso no ámbito institucional e non existe unha política de atención específica para a poboación estranxeira. Apóstase por un modelo universal de atención ao conxunto da cidadanía e a atención aos pacientes estranxeiros é un terreo escasamente traballado debido, en parte, ao escaso volume da estranxeiría na Comunidade Autónoma⁵¹.

Non existen datos suficientemente precisos que permitan delimitar o impacto real da poboación inmigrante sobre o sistema sanitario galego⁵². Algúns informes intentaron cubrir, con éxito limitado, esta lagoa, e as súas principais conclusións recóllense aquí. Paga a pena sinalar que son de tipo cualitativo antes que cuantitativo e que outras Comunidades Autónomas empezaron a elaborar traballos detallados sobre a materia⁵³.

A principal conclusión, compartida por varios dos aludidos informes, é que "as persoas que deciden emigrar están suxeitas a unha selección positiva en termos de saúde (*health selectivity*). En comparación cun grupo de persoas representativo da súa poboación de orixe, a propensión a presentar un mellor estado de saúde é maior entre as persoas que deciden iniciar o proceso migratorio (...). A vantaxe en termos de saúde mantense ata a chegada do inmigrante ao país de destino, e a probabilidade de padecer enfermidades ou trastornos crónicos móstrase neste momento inferior á poboación nacional. A medida que transcorre o tempo (...) de residencia no país, aumenta a súa vulnerabilidade e a propensión a padecer problemas de saúde"⁵⁴. Tamén se sinalou que "o diferencial de demanda de servizos sanitarios respecto á poboación autóctona vén

51. Véxase B. FERNÁNDEZ SUÁREZ: "Políticas de acomodación de extranxeros: de la lógica autonómica a la aplicación local", en VV.AA. (R. Zapata Barrero e G. Pinyol, eds.), *Los gestores del proceso de inmigración*, Fundación Cidob, Barcelona, s.d., páxs. 47-66.

52. Sobre este aspecto resulta de interese o estudo xeral coordinado por B. RIVERA CASTIÑEIRA: *Atención sanitaria y nuevas necesidades poblacionales: inmigración y demanda*, FEGAS (Santiago de Compostela, 2008), que ofrece un panorama moi detallado da situación española.

53. Fundación Ciencias de la Salud, *Diferencias en la utilización de los servicios sanitarios entre la población inmigrante y la española*, 2008.

54. B. RIVERA, B. CASAL, D. CANTARERO, M. PASCUAL: "Informe SESPAS 2008", *Gaceta Sanitaria*, 2008, 22 (Suplemento 1), páx. 88.

determinado basicamente pola súa idade e a súa maior taxa de fertilidade. Neste sentido, os motivos de consulta e hospitalización máis frecuentes relaciónanse coas necesidades dunha poboación nova e que goza de bo estado de saúde (atención xinecoobstétrica, pediátrica e medicina xeral)”⁵⁵.

IV. DEREITO Á ASISTENCIA SOCIAL E AOS SERVIZOS SOCIAIS

En materia de asistencia social e servizos sociais, o precepto clave en relación cos estranxeiros é o art. 14 da LOEX, que lles reconece, ademais do seu dereito á seguridade social, o de dereito aos servizos sociais. A súa redacción formula certos problemas interpretativos, pois nos tres parágrafos que o compoñen se mesturan os termos seguridade social e servizos sociais. O primeiro apartado equipara aos españois e aos estranxeiros residentes aos efectos de acceder ás prestacións e servizos da seguridade social. O apartado segundo reconece aos estranxeiros residentes o dereito aos servizos e ás prestacións sociais, tanto aos xerais e básicos coma aos específicos, nas mesmas condicións que aos españois. E, por último, o terceiro apartado reconece aos estranxeiros, calquera que sexa a súa situación administrativa, o dereito aos servizos e prestacións sociais básicas.

Ao noso xuízo, o apartado primeiro do art. 14 da LOEX, segundo o cal “os residentes estranxeiros terán dereito a acceder ás prestacións e servizos da seguridade social nas mesmas condicións que os españois”, fai referencia ao sistema de seguridade social e á protección que este dispensa no seu nivel non contributivo. O apartado segundo, en cambio, cando establece que “os estranxeiros residentes terán dereito aos servizos e ás prestacións sociais, tanto aos xerais e básicos, coma aos específicos,” nas mesmas condicións que os españois” refírese á asistencia social, materia cuxa regulación corresponde en exclusiva ás Comunidades Autónomas. Por último, o apartado terceiro, segundo o cal “os estranxeiros, calquera que sexa a súa situación administrativa, teñen dereito aos servizos e prestacións sociais básicas”, lévanos aos servizos asistenciais de carácter básico.

Destes tres apartados é sobre o terceiro sobre o que recaen as maiores dificultades interpretativas, pois nel recóllese o dereito dos estranxeiros aos servizos e prestacións sociais básicas sen que iso quede condicionado a unha situación administrativa regular, o cal podería ser interpretado como unha excepción ao establecido no primeiro apartado do propio artigo 14. Por tal motivo, faise imprescindible determinar que se entende por “prestacións sociais básicas”. Ao noso xuízo, estas prestacións identifícanse coas desenhadas para satisfacer situacións de necesidade urxente, que na maior parte dos casos son ofrecidas e financiada polas Comunidades Autónomas e as Corporacións locais e que en ningún caso deben confundirse coas de carácter non contributivo pertencentes ao sistema de seguridade social porque, como xa se sinalou, son os estranxeiros residentes os que poden gozar dese nivel de protección, segundo se deduce do art. 14.1 da LOEX.

Ademais o agora comentado apartado terceiro non se refire a todo tipo de prestación que poida considerarse asistencia social, pois, de acordo co apartado segundo de igual artigo, só os estranxeiros residentes teñen dereito aos servizos e ás prestacións sociais, de maneira que, utilizando como criterio interpretativo a terminoloxía utilizada na

55. Ibidem, páx. 94

normativa autonómica de servizos sociais, dito apartado terceiro faría referencia ás prestacións que se ofrecen no marco de o que adoita denominarse "servizos xerais" e que se concretan no ofrecemento de asesoramento, información, aloxamentos alternativos temporais, comedores e calquera outro servizo mediante o cal se traten de paliar necesidades urxentes.

Non foi posible localizar datos que reflectan a importancia da utilización destes servizos por parte dos estranxeiros presentes en Galicia.

V. DEREITOS LABORAIS

1. Identificación xeral

Con carácter xeral, o estranxeiro que quere traballar en España necesita unha autorización de traballo. Agora ben, á marxe dese requisito adicional, en canto traballador asalariado conta cos dereitos que lle atribúe o art. 4 do ET. Este precepto non diferencia entre situación regular e situación irregular do traballador e, por suposto, tampouco diferencia entre traballador español e traballador estranxeiro. Nel podemos atopar dous bloques de dereitos, aqueles cuxo alcance e contido vén dado pola normativa específica que os regula, incluíndo a normativa de estranxeiría, e aqueles outros cos que conta o traballador na relación laboral. Estes últimos, contidos no apartado segundo do precepto, pertencen a quen traballa, con independencia da súa nacionalidade e, mesmo, da súa situación dende o punto de vista legal; isto é, con independencia de que, sendo español, traballe ou non en condicións de legalidade, e con independencia de que, sendo estranxeiro, conte ou non coa autorización mencionada. Un traballador estranxeiro que preste servizos sen dispoñer da pertinente autorización, á marxe da cualificación que se dea ao contrato de traballo, conta con eses dereitos do art. 4.2 do ET, relativos á ocupación efectiva, á promoción e formación profesional no traballo, á non discriminación por razóns de sexo, estado civil, idade, etc., á integridade física e a unha axeitada política de seguridade e hixiene, á intimidade, á percepción puntual da remuneración pactada ou legalmente establecida e ao exercicio individual das accións derivadas do contrato de traballo.

Fronte ao anterior traballador estranxeiro, o que preste os seus servizos en posesión da pertinente autorización de traballo conta cun elenco de dereitos maior, comprensivo dos recoñecidos tamén no apartado primeiro do citado art. 4 do ET, que versan sobre o traballo e a libre elección de profesión ou oficio, a libre sindicación, a negociación colectiva, a adopción de medidas de conflito colectivo, a folga e a participación na empresa e a reunión.

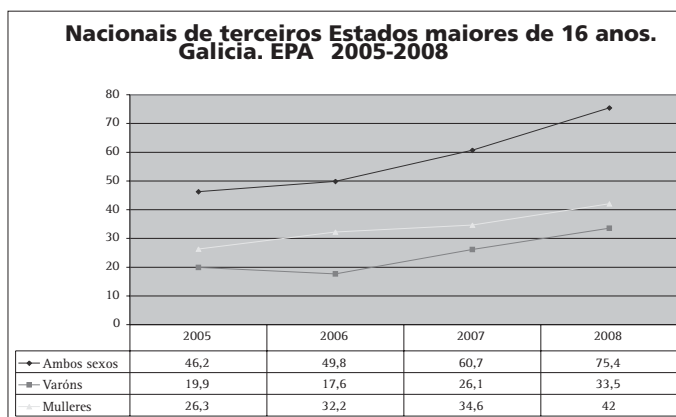
2. Os contratos de traballo de estranxeiros en Galicia

Os datos da *Enquisa de poboación activa* (EPA) do INE, dende a adopción da metodoloxía 2005⁵⁶, mostran que o número de nacionais de terceiros Estados susceptibles de

56. Ha de recordarse que todas as características definidas na EPA están referidas ao concepto nacional e non ao interior de acordo coas definicións do Sistema europeo de contas nacionais e rexionais (SEC-95). Isto débese a que non é posible recoller información da poboación que traballa en España e reside no estranxeiro, xa que a Enquisa vai dirixida á poboación que habita nas vivendas familiares do territorio nacional (Metodoloxía EPA 2005).

acceder ao mercado de traballo aumentou nos últimos anos. O número de activos⁵⁷ e ocupados⁵⁸ experimentou un crecemento vinculado moi notable, mentres que o de persoas inactivas⁵⁹ descendeu lixeiramente ao longo do período considerado, sen que exista unha correlación directa entre tal circunstancia e o aumento do número de activos.

Por sexos, a EPA confirma a presenza en Galicia dun maior número de mulleres que de homes nacionais de terceiros Estados. Con todo, se advirte que as cifras do Padrón e da EPA, ambas as dúas do INE, non coinciden. Aquel maior número tradúcese nun tamén máis elevado número de mulleres activas e ocupadas, que, ademais, se dobrou dende 2005, mentres que a cantidade de homes activos e ocupados creceu a un ritmo moito máis lento. Debe terse en conta, ademais, que o número de mulleres activas ou ocupadas en 2005 era inferior ao número de homes, co cal o crecemento resulta aínda máis espectacular.

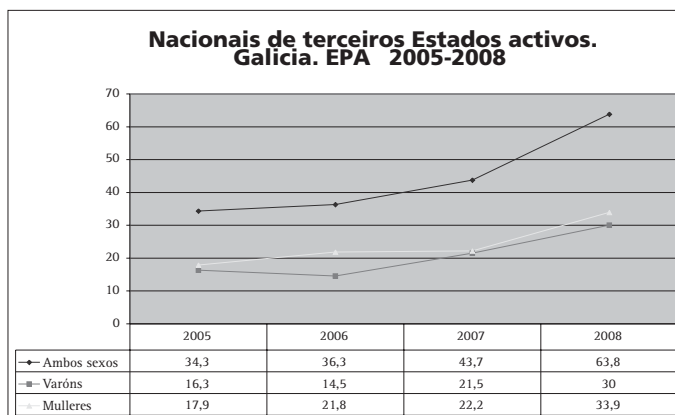


CADRO 2. Fonte: INE (*Enquisa de poboación activa, 2005-2008*). Elaboración propia. Valores en miles, tomados o cuarto trimestre de cada ano.

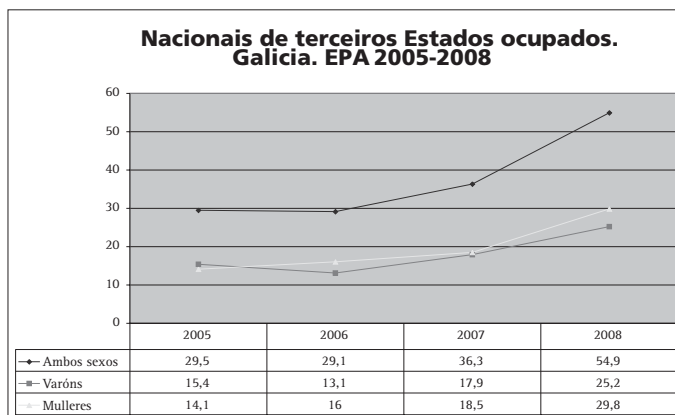
57. "A poboación economicamente activa comprende todas as persoas de 16 ou máis anos que durante a semana de referencia (a anterior a aquela en que corresponde realizar a entrevista segundo o calendario) satisfan as condicións necesarias para a súa inclusión entre as persoas ocupadas ou paradas" (Metodoloxía EPA 2005).

58. "É a formada por todas aquelas persoas de 16 ou máis anos que durante a semana de referencia tiveron un traballo por conta allea ou exerceron unha actividade por conta propia" (Metodoloxía EPA 2005).

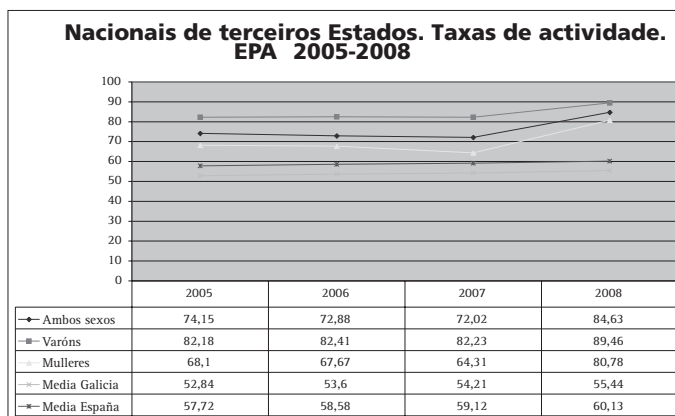
59. "A poboación economicamente inactiva abrangue todas as persoas de 16 ou máis anos, non clasificadas como ocupadas nin paradas nin poboación contada aparte durante a semana de referencia. Comprende as seguintes categorías funcionais: persoas que se ocupan do seu fogar: persoas que, sen exercer ningunha actividade económica, se dedican a coidar os seus propios fogares; por exemplo, amas de casa e outros familiares que se encargan do coidado da casa e dos nenos; estudantes: persoas que, sen exercer ningunha actividade económica, reciben unha instrución sistemática en calquera grao de educación; xubilados ou prexubilados: persoas que tiveron unha actividade económica anterior e que por idade ou outras causas a abandonaron, percibindo unha pensión (ou uns ingresos de prexubilación) con motivo da súa actividade anterior; persoas que perciben unha pensión distinta da de xubilación e de prexubilación; persoas que realizan sen remuneración traballos sociais, actividades de tipo benéfico, etc. (excluídas as que son axudas familiares); incapacitados para traballar; outra situación: persoas que, sen exercer ningunha actividade económica, reciben axuda pública ou privada e todas aquelas que non estean incluídas en ningunha das categorías anteriores, por exemplo os rendistas" (Metodoloxía EPA 2005).



CADRO 3. Fonte: INE (*Enquisa de poboación activa, 2005-2008*). Elaboración propia. Valores en miles, tomados o cuarto trimestre de cada ano.

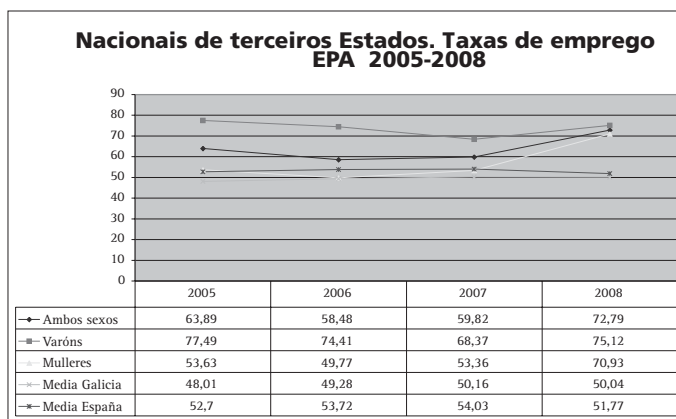


CADRO 4. Fonte: INE (*Enquisa de poboación activa, 2005-2008*). Elaboración propia. Valores en miles, tomados o cuarto trimestre de cada ano.

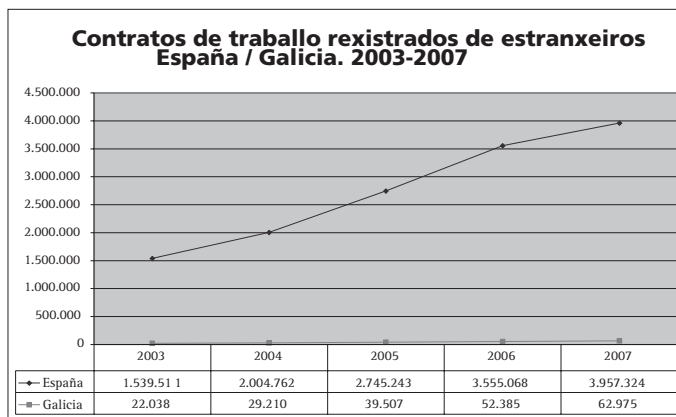


CADRO 5. Fonte: INE (*Enquisa de poboación activa, 2005-2008*). Elaboración propia. Valores tomados o cuarto trimestre de cada ano.

Cando se entra a analizar as taxas de actividade⁶⁰ e de emprego⁶¹, de novo constátase o crecemento exposto, que case chegou a igualar as altas taxas rexistradas entre os homes estranxeiros. Comparando estas cifras coas medias de España e Galicia, salta á vista que a poboación nacional dun terceiro Estado ten unha presenza porcentual no mercado de traballo moito máis considerable que o conxunto da poboación. Os estranxeiros que veñen a España, polo tanto, fano cunha clarísima intención laboral. Resalta especialmente a comparación entre a media galega, que é inferior á taxa media dos estranxeiros afincados nela en case 30 puntos.



CADRO 6. Fonte: INE (*Enquisa de poboación activa, 2005-2008*). Elaboración propia. Valores tomados o cuarto trimestre de cada ano.

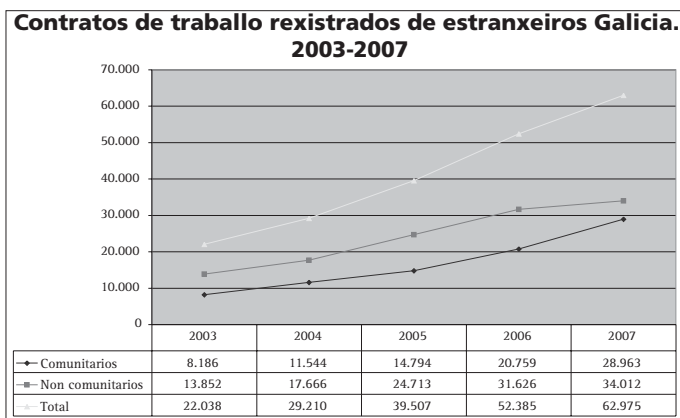


CADRO 7. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborales, 2003-2007*). Elaboración propia.

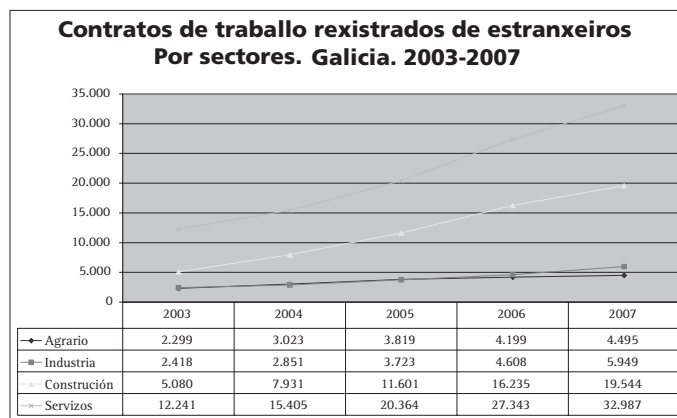
60. O cociente entre o número total de activos e a poboación total.

61. O cociente entre o número total de ocupados e a poboación total.

Esa dispoñibilidade para acceder ao mercado de traballo plásmase, finalmente, no número de contratos de traballo rexistrados nas oficinas públicas de emprego. O seu número non deixou de crecer dende 2003, tanto en España coma en Galicia, onde case se triplicaron no período. Dentro deles, os correspondentes a nacionais de terceiros Estados superaron aos dos traballadores comunitarios ao longo de todo o período, se ben en 2007 a tendencia se reduciu, probablemente pola transformación estatística dos contratos asinados por búlgaros e romaneses tras a entrada dos seus Estados na Unión Europea.



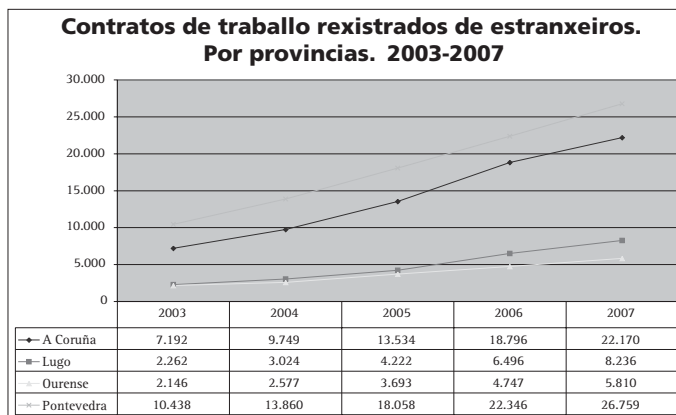
CADRO 8. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborales*, 2003-2007). Elaboración propia.



CADRO 9. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborales*, 2003-2007). Elaboración propia.

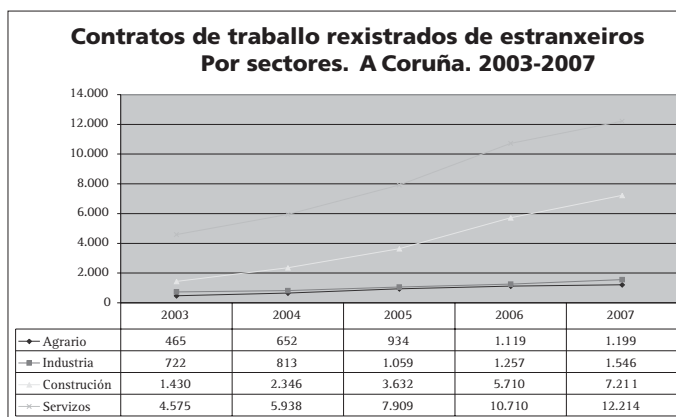
Por sectores, o patrón é moi similar ao xa estudado para a distribución das autorizacións de traballo e a presenza no contingente, confirmando así o xa adiantado sobre a distribución dos estranxeiros no mercado de traballo. Debe constatarase que nos datos analizados agora se mesturan traballadores comunitarios e extracomunitarios, o que

permite deducir que a presenza dos primeiros no mercado de traballo galego non segue patróns esencialmente diversos dos advertidos no caso dos extracomunitarios.



CADRO 10. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.

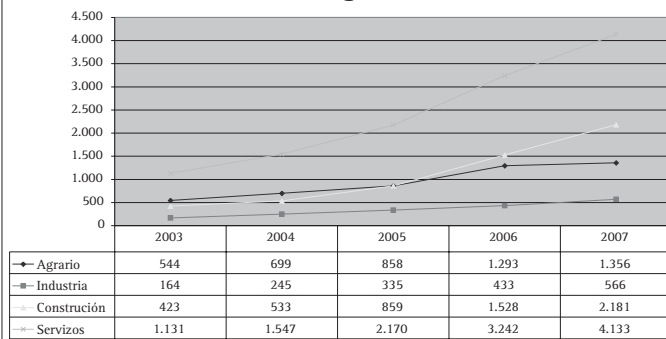
Por provincias, Pontevedra concentrou ao longo destes anos o maior número de contratos, mentres que Lugo e Ourense compartiron a última posición. En calquera caso, o número de contratos aumentou nas catro provincias, sendo o crecemento lucense en termos relativos o máis considerable, un patrón que se repite ao longo de numerosas observacións deste estudo.



CADRO 11. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.

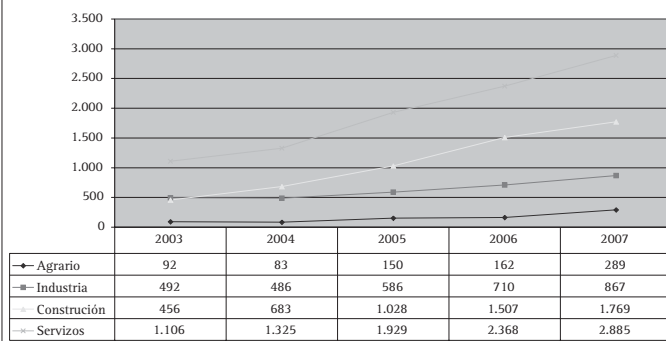
Na análise sectorial provincial, unicamente Lugo achega, de novo, unha peculiaridade: a maior celebración de contratos no sector agrario que na industria. Polo demais, os comportamentos provinciais responden ao patrón autonómico.

Contratos de traballo rexistrados de estranxeiros. Por sectores. Lugo. 2003-2007



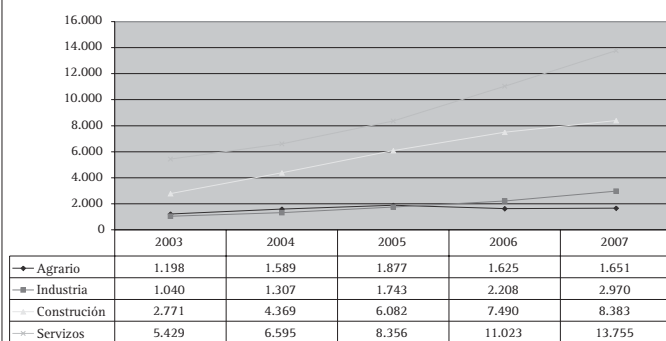
CADRO 12. Fonte: MTAS (*Anuario de estatísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.

Contratos de traballo rexistrados de estranxeiros. Por sectores. Ourense. 2003-2007



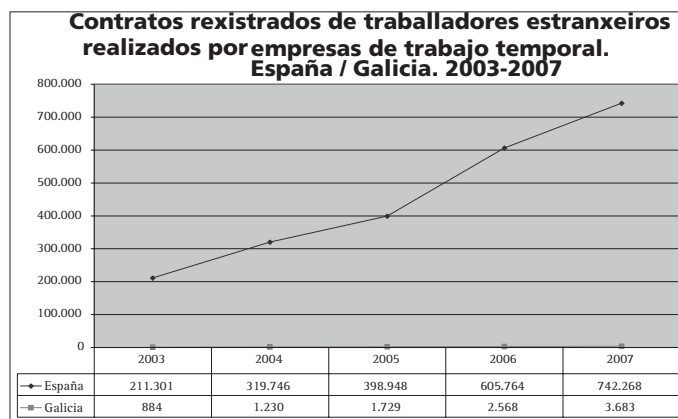
CADRO 13. Fonte: MTAS (*Anuario de estatísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.

Contratos de traballo rexistrados de estranxeiros. Por sectores. Pontevedra. 2003-2007



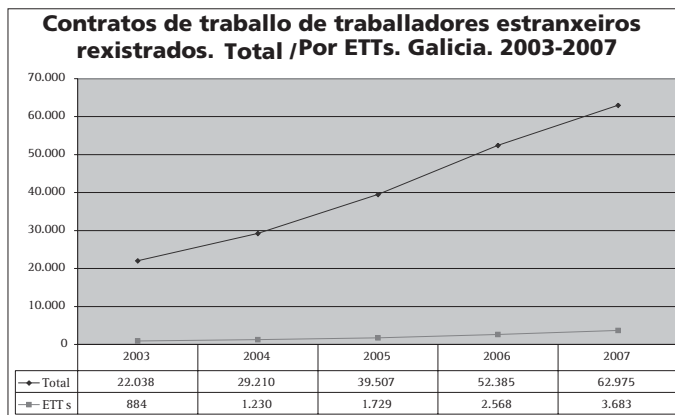
CADRO 14. Fonte: MTAS (*Anuario de estatísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.

Se se estudan os datos relativos á utilización de empresas de traballo temporal⁶², que non están dispoñibles de forma desagregada entre comunitarios e extracomunitarios, advírtese, outra vez, unha tendencia de crecemento. Con todo, o crecemento só é relativo, cuadruplicándose o número de contratos realizados por empresas de traballo temporal. En termos absolutos, non obstante, este tipo de contratos representa unha fracción mínima do volume total da contratación realizada en Galicia, sendo moi inferior á taxa de utilización destas empresas con carácter xeral. Por provincias, en contra do que cabería prever polo número global ou total de contratos rexistrados, é A Coruña e non Pontevedra a que ofrece o maior número de contratos entre estranxeiros e empresas de traballo temporal.

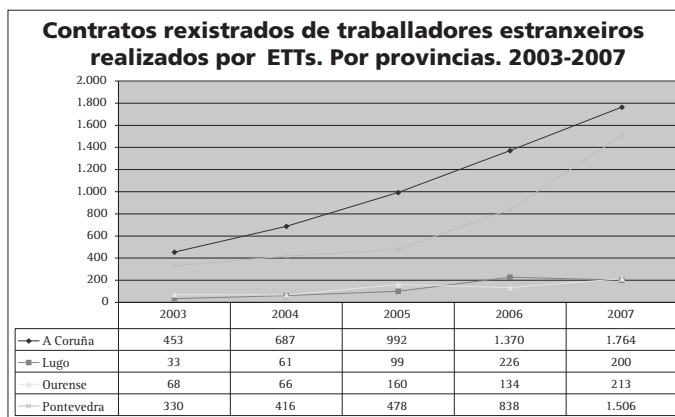


CADRO 15. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.

62. O estudo global da Asociación de grandes empresas de traballo temporal "Resultados AGETT e tendencia do mercado laboral", setembro 2008, ofrece as seguintes conclusións: "Utilizando a información de AGETT como mostra sobre o número de contratos e persoas estranxeiras incorporadas polas súas empresas asociadas ao mercado laboral, obtense que o 31,4% do total son estranxeiras (135.072 persoas estranxeiras contratadas respecto 429.831 persoas contratadas). A ratio do número de contratos por persoa ao ano é de 2,7, lixeiramente inferior á media xeral de 3,0. Os contratos a estranxeiros xestionados polas empresas asociadas a AGETT concéntranse, como no caso dos nacionais, nos sectores de servizos e industria. En concreto, durante 2007, servizos absorbe o 58,3% das contratacións e industria o 33,9%. A equidade homes-mulleres está plenamente presente no sector servizos, non así no resto das actividades. Por rexións, en Cataluña (26,7%), Madrid (27,8%) e Comunidade Valenciana (10,4%) concéntranse o maior número de contratacións de estranxeiros. En canto aos contratos a estranxeiros por sexo e idade, a mostra das operacións realizadas dende as empresas asociadas a AGETT indican que o 44% dos contratos xestionados son ocupados por mulleres, similar ao dato global que se analizou no epígrafe anterior; non obstante, hai un cambio significativo nos grupos de idade, posto que a incorporación ao mercado laboral da poboación estranxeira feminina aumenta no grupo de idade de 30 a 39 anos de xeito moi marcado (+7 puntos de diferenza respecto ao global de casos), algo menos intensamente nos grupos subseguintes de idade, en detrimento (-11 puntos de diferenza) da porcentaxe de mulleres contratadas no grupo de idade 'de ata 24 anos'. É dicir, a muller traballadora estranxeira é máis maior de idade que a nacional. Este perfil reproducése con maior diferenza para o caso dos homes traballadores estranxeiros que os empregados nacionais. Utilizando o NIE21 dos traballadores contratados (mostra AGETT de 135.072 persoas) pódese coñecer a súa procedencia. Principalmente, a orixe é dende tres zonas xeográficas: América do Sur (42,0%, con Ecuador como país destacado), África (34,3%, con Marrocos como país destacado) e Europa (19,6%, con Romanía como país destacado)".



CADRO 16. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.



CADRO 17. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2003-2007*). Elaboración propia.

3. Os dereitos colectivos

Xunto a dereitos individuais, o art. 4 do ET recolle unha serie de dereitos de carácter colectivo entre os que destacan, polas particularidades que presentan cando son exercitados por estranxeiros, o dereito de libre sindicación, o dereito de participación na empresa e o dereito de folga. Polo que respecta ao primeiro deses dereitos, o art. 28.1 da CE reconece a "todos", o que é precisado pola LOLS referíndoo a "todos os traballadores" (art. 1.1), sen ningún matiz, do que se infire que, aos efectos de atribución da súa titularidade, o importante é ostentar a condición de traballador. Agora ben, no caso dos traballadores estranxeiros, a condición de tales implica a necesidade de conxugar o art. 28.1 da CE, o contido da LOLS e a normativa específica relativa aos dereitos dos estranxeiros. O art. 11 da LOEX, tomando como punto de partida unha situación administrativa regular, establece que os estranxeiros son titulares do "dereito a sindicarse libremente ou a afiliarse a unha organización profesional, nas mesmas condicións que os traballadores españois", dereito que poderán exercitar sempre

e cando contén cunha "autorización de estanza ou residencia en España".

A diferenza do que acontecía coa normativa anterior, o art. 11 da LOEX, atribúe aos estranxeiros o dereito a "sindicarse libremente", expresión sobre a que existían certas dúbidas acerca da súa constitucionalidade. Así o puxo de manifesto o Parlamento de Navarra no recurso de inconstitucional que interpuxo contra a Lei orgánica 8/2000 e así confirmouno o Tribunal Constitucional, que, na súa sentenza 236/2007, do 7 de novembro⁶³, declarou a inconstitucionalidade do devandito inciso ao considerar que a súa existencia permitía soste unha interpretación restritiva do contido do dereito de liberdade sindical, que non é compatible co art. 28.2 da CE.

Así pois, os estranxeiros son titulares do dereito á liberdade sindical en todo o seu contido, o que inclúe a posibilidade de fundar sindicatos, así como a de afiliarse ou non se afiliar a un sindicato; pero non só iso. O art. 2 da LOLS, xunto ás facultades mencionadas, tamén fai referencia á posibilidade de elixir libremente aos seus representantes dentro de cada sindicato, crear seccións sindicais, celebrar reunións ou recibir información, as cales poden ser exercitadas sen ningún tipo de atranco por un traballador estranxeiro.

En canto ao dereito á negociación colectiva [art. 4.1.c) do ET], os suxeitos que interveñen nesta, debido á armazón negocial existente no noso ordenamento, poden ser as mesmas persoas que levan a cabo a representación na empresa e folga dicir que a nacionalidade dos traballadores-representantes non incide no froito da negociación. Agora ben, fórmulase a cuestión de se os traballadores estranxeiros poden elixir e ser elixidos como representantes dos traballadores, enlazándose así dous dereitos intimamente relacionados, a negociación colectiva e participación na empresa, á que se refire o art. 4.1.g) do ET e que é tamén dereito dos traballadores estranxeiros. O art. 69 do ET, relativo á elección de representantes dos traballadores, establecía, na súa versión inicial, no apartado segundo in fine, unha diferenza importante á hora de atribuír a condición de traballador elixible cando se trataba de non nacionais. Mentres os traballadores estranxeiros podían elixir representantes en todo caso, só podían ser elixidos polos seus compañeiros para ocupar ese cargo cando en virtude do principio de reciprocidade os traballadores españois tamén puidesen ser elixidos no país ao que aqueles pertencesen. A reforma levada a cabo pola Lei 32/1984 do 2 de agosto, acabou coa utilización de semellante criterio da reciprocidade, co que, a partir de entón, os traballadores estranxeiros e os españois quedaron equiparados aos efectos da condición de elixibles para ocupar un cargo como representantes dos traballadores.

Así pois, os traballadores estranxeiros poderán ser electores sempre que contén cunha antigüidade na empresa de, polo menos, un mes; e serán elixibles sempre que teñan dezaioito anos e unha antigüidade na empresa de seis meses, condicións que tamén han de cumprir os traballadores españois. No caso de ser elixido, a súa nacionalidade

63. Cuxo fallo declara a inconstitucionalidade do inciso "sindicarse libremente", non a súa nulidade. Sobre os efectos deste aspecto de dito resulta clave o fundamento xurídico 17 da sentenza.

non incidirá en modo ningún no desenvolvemento da actividade de representación, nin tampouco nas garantías que o ordenamento ofrece como consecuencia da ocupación do cargo de representante. Non obstante, a súa condición de tal pódese ver afectada se durante a ocupación do cargo caduca a preceptiva autorización administrativa para traballar, que, con carácter xeral, necesita un estranxeiro para prestar servizos en España. En tal caso, entendemos que o traballador-representante estranxeiro non podería continuar desenvolvendo a actividade na empresa nin, como é lóxico, podería formar parte dos seus órganos de representación unitaria. Por último, na medida en que poden elixir e ser elixidos como membros dos órganos de representación unitaria, os traballadores estranxeiros tamén poden ser elixidos e participar na elección dos representantes específicos dos traballadores en materia de seguridade e saúde no traballo (delegados de prevención; membros do comité e seguridade e saúde).

Ao dereito de folga, recoñecido no art. 28.2 da CE, refírese tamén o art. 4.1.e) do ET. Os traballadores teñen este dereito pola súa condición de tales, sen máis elementos engadidos, o que implica que os traballadores estranxeiros tamén son titulares del en canto que traballadores, á marxe da nacionalidade que ostenten. Un traballador estranxeiro poderá sumarse a unha convocatoria de folga producíndose sobre o seu contrato, o seu salario e demais condicións de traballo os mesmos efectos que no caso dos traballadores españois. Certamente, a posibilidade de que se trata aparece prevista no art. 11.2 da LOEX, que a supedita a que o estranxeiro conte con autorización de traballo; non obstante, tal condición foi declarada inconstitucional e nula pola STC 259/2007, do 19 de decembro, porque, entre outros motivos, o concepto de traballador que se manexa para determinar o ámbito subxectivo do dereito de folga cando dun estranxeiro se trata é un concepto material, e o art. 28.2 da CE recoñece este dereito aos "traballadores" á marxe da súa nacionalidade e con independencia da súa situación administrativa.

Por último, os traballadores estranxeiros tamén contan co dereito de reunión, ao que fan referencia os arts. 4 e 77 do ET. Neste caso, a LOEX (art. 7.1) tamén diferenza entre a titularidade e o exercicio do dereito, circunscribindo este último aos que obtiveran a autorización de estanza ou residencia en España. Tal limitación non superou o control de constitucionalidade ao que foi sometido polo Tribunal Constitucional. Polo demais, a regulación deste dereito non presenta ningún dato que poña de manifesto a existencia de obstáculos que impidan ou maticen o seu exercicio cando quen o exerce é un traballador estranxeiro.

Noutra orde de cousas, se é difícil determinar ata que punto se produce o exercicio dos anteriores dereitos por parte dos estranxeiros, aínda o é máis conseguir datos fiables sobre tal exercicio en Galicia. Segundo fontes sindicais consultadas polo diario *Expansión*⁶⁴, En toda España, a finais de 2006, os estranxeiros afiliados a CCOO eran 44.906, é dicir o 4,5 por cento dos afiliados ao sindicato. En UGT, só en Cataluña, este grupo representa o 6 por cento das súas bases. Segundo outras fontes, os estranxeiros están a irromper con forza nos sindicatos e xa hai 90.354 afiliados a CCOO e a UGT⁶⁵.

64. 8 de decembro de 2006.

65. Federación de Ensino CCOO

A mesma fonte indica que o número de inmigrantes que se converteron en delegados sindicais está a aumentar considerablemente e CCOO conta con 15.000 representantes tan só no sector da construción, cifra que parece un tanto avultada en comparación co número de afiliados exhibido. "A lista dos 48.354 afiliados estranxeiros a Comisións Obreiras é un reflexo da paisaxe da inmigración en España. Así, os ecuatorianos son o colectivo maioritario con 8.657 inscritos; seguidos dos marroquís con 5.183, os colombianos con 3.744 e os romaneses con 2.366. Estas catro nacionalidades son tamén as que agrupan a gran parte dos residentes estranxeiros no noso país".

VI. DEREITO Á SEGURIDADE SOCIAL

1. *Alcance*

No sistema de seguridade social español diferéncianse dous niveis de protección, o contributivo e o non contributivo, dos que se predican trazos diferentes. A LOEX inclúe dúas importantes regras sobre o acceso á seguridade social por parte dos estranxeiros. En primeiro lugar, o art. 10.1 recoñece conxuntamente o dereito ao traballo e á seguridade social a quen posúa as correspondentes autorizacións. En segundo lugar, o art. 14.1 recoñece aos estranxeiros residentes o dereito ás prestacións e servizos da seguridade social nas mesmas condicións que aos españois. Atopámonos ante dous preceptos que, aparentemente, din o mesmo; non obstante, de acordo cunha interpretación sistemática, é razoable soste que o primeiro recoñece o dereito no nivel contributivo aos estranxeiros que contén coas autorizacións pertinentes e que o art. 14.1 fai o propio no non contributivo.

A inclusión dos estranxeiros no nivel contributivo da seguridade social a través do art. 10 da LOEX queda condicionada á tenza das autorizacións pertinentes. De acordo con esta previsión e dende un punto de vista operativo á hora de afiliar e dar de alta a un traballador estranxeiro no réxime correspondente da seguridade social, o art. 42.1 do regulamento xeral sobre inscrición de empresas, afiliación, alta e baixa e variacións de datos de traballadores na seguridade social, aprobado polo Real Decreto 84/1996 do 26 de xaneiro (modificado polo Real Decreto 1041/2005, do 5 de setembro) impón o deber de presentar unha copia da correspondente autorización de traballo á hora de solicitar a afiliación e a alta dos traballadores estranxeiros, tanto se van prestar servizos por conta allea coma se o van facer por conta propia. Tendo en conta que a obriga de cotizar comeza no momento en que se dá de alta ao traballador, aínda que o Real Decreto 2064/1995, do 22 de decembro, polo que se aproba o regulamento xeral sobre cotización e liquidación, non di nada sobre iso, é claro que para cotizar por un traballador estranxeiro é preciso contar coa autorización de traballo necesaria para a súa afiliación e alta.

Regras parcialmente diferentes rexen para a extensión aos traballadores estranxeiros do nivel non contributivo de seguridade social. Neste punto é de aplicación o art. 14.1 da LOEX, que derroga tacitamente o art. 7.5 da LGSS e fai posible que os estranxeiros "residentes" que cumpriran os requisitos de alta e cotización e completaran os períodos de carencia oportunos ou que se atopen nunha situación de necesidade accedan ás prestacións correspondentes, calquera que sexa o nivel de protección, nas mesmas con-

dicións que os españois. Como pode apreciarse, o precepto non esixe autorización de traballo, pero si a condición de "residente", isto é, de titular de autorización de residencia, que convértese, así, na chave para ser beneficiario destas e outras prestacións e servizos de seguridade social, salvo en determinados supostos e en relación cos familiares do causante.

Polo que se refire aos traballadores estranxeiros que prestan servizos en España sen a pertinente autorización, o seu acceso ao sistema da seguridade social estaría supeditado, de acordo co art. 10.1 da LOEX, á necesidade de contar con autorización de residencia e de traballo; por outro lado, de acordo co art. 14.1 de igual texto legal, o seu acceso ás prestacións e servizos da seguridade social requiriría a condición de residencia. Non obstante, o ambiguo, criticado e en varias ocasións reformado art. 36.3 da LOEX obriga a matizar esta afirmación. Este artigo, tras a súa última reforma, establece que "a carencia da correspondente autorización por parte do empresario (...) non será obstáculo para a obtención das prestacións que puidesen corresponderlle [ao traballador]". O precepto trastorna, aparentemente, o establecido nos arts. 10 e 14 e, mesmo, no art. 7.1 da LGSS.

Como se sabe, o sistema de seguridade social no seu nivel contributivo protexe ao traballador ante dous tipos de continxencias, as comúns e as profesionais. Comezando por estas últimas, e sen prexuízo de que tamén se mantivera de forma ocasional a posición contraria, tradicional e maioritariamente a doutrina e a xurisprudencia viñeron sostenendo que o traballador estranxeiro que non conta con autorización de traballo está protexido ante as continxencias profesionais. Para apoiar esta interpretación recorreuse, basicamente, a dous preceptos: o art. 125.3 da LGSS, que recolle o principio de automaticidade de prestacións respecto das continxencias profesionais, e o art. 1.4.b) da Orde Ministerial do 28 de decembro de 1966, pola que se establecen normas para a aplicación e desenvolvemento en materia de campo de aplicación, afiliación e recadación en período voluntario no réxime xeral da seguridade social.

O art. 125 da LGSS fai referencia á acción protectora que se dispensa no marco do réxime xeral das prestacións e, en concreto, ás situacións asimiladas á alta, entre as que menciona, no seu apartado 3, a que corresponde aos traballadores comprendidos no campo de aplicación do réxime xeral que non fosen dados de alta polo empresario. De acordo co devandito apartado, aínda cando se trate de tales traballadores, enténdese que están incursos nunha situación de alta de pleno dereito para os efectos de accidente de traballo, enfermidade profesional e desemprego. Entra en xogo, así, o principio de automaticidade das prestacións, de modo que a correspondente entidade xestora farase cargo do pagamento das prestacións, sen prexuízo do seu dereito a resarcirse fronte ao empresario incumpridor. A cuestión a dilucidar é se este precepto resulta aplicable en relación cos traballadores estranxeiros irregulares, como viñeron recoñecendo os tribunais e apoia a doutrina. Certamente, a aplicación daquel no caso que nos ocupa parte dunha premisa errónea, como é a de que os traballadores estranxeiros irregulares están incluídos no campo de aplicación do sistema de seguridade social, cousa que o art. 7.1 da LGSS mostra que non é así. Por iso, o valor do comentado art. 125.3 é máis ben escaso ou, polo menos, moi relativo para os efectos de resolver a cuestión formulada.

Tampouco é determinante aos efectos considerados o art. 1.4 b) da Orde Ministerial do 28 de decembro de 1966. O devandito artigo fai referencia, no seu apartado primeiro, ao campo de aplicación do réxime xeral da seguridade social e, no seu apartado cuarto, ao mencionar aos estranxeiros e a súa posible inclusión no ámbito de aplicación de tal réxime, distingue aos súbditos de países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses e brasileiros, que residan no territorio nacional. Estes últimos quedan equiparados aos nacionais nos termos establecidos polo Goberno ou en termos absolutos se non se produce a devandita equiparación gobernamental, o cal nestes momentos xa non ten sentido á vista dos arts. 10 e 14 da LOEX. Os estranxeiros que non ostentan ningunha das nacionalidades mencionadas quedarán incluídos no campo de aplicación do réxime xeral se así o establecen os convenios ou acordos ratificados ou subscritos ao efecto, ou se lles resulta aplicable o criterio da reciprocidade, tácita ou expresamente recoñecido. Precisando máis o alcance do devandito criterio, o comentado art. 1.4 b) engade, no seu último inciso, que se entenderá recoñecido "en todo caso" respecto das continxencias de accidentes de traballo e enfermidade profesional. Pois ben, iso serviu á doutrina e á xurisprudencia para soste a protección dos estranxeiros irregulares ante continxencias profesionais.

Malia esa interpretación que se veu dando ao precepto, non se pode perder de vista que a Orde Ministerial da que forma parte utiliza, en todo momento, o termo "residentes" e este apelativo aplicado aos estranxeiros supón a tenza, polo menos, dunha autorización de residencia. Tal circunstancia permite dubidar da función que tradicionalmente vénselle atribuíndo a aquel. Certamente, aínda que non se refire á situación dos non residentes senón á aplicación do criterio da reciprocidade respecto das continxencias profesionais, faino, en todo caso, en relación cos estranxeiros "residentes", isto é, os estranxeiros que están incluídos no ámbito de aplicación da seguridade social. Noutras palabras, o precepto repercute, non no ámbito de aplicación do sistema de seguridade social estendéndoo aos traballadores estranxeiros que non contan con autorización de residencia, senón no alcance da protección cando se aplica o criterio de reciprocidade, o que, en todo caso, terá lugar respecto dos traballadores estranxeiros residentes. Por se fose pouco, existen razóns que permiten sospeitar que o precepto comentado quedou baleiro de contido.

É claro, pois, que se está ante preceptos dubidosos en canto á función que se lles vén atribuíndo para os efectos de outorgar protección por riscos profesionais aos traballadores estranxeiros que non contan con autorización de residencia e traballo. Non constitúen un fundamento sólido no que sustentar semellante interpretación, por máis que unha gran parte da doutrina, o Tribunal Central de Traballo e o Tribunal Supremo os veña aplicando a tales efectos durante anos.

A estas alturas, queda só por analizar un piar máis sobre o que se sustenta o recoñecemento de prestacións por continxencias profesionais a favor dos estranxeiros que traballan sen a correspondente autorización. Trátase do convenio 19 da OIT, que impón a igualdade de trato entre os traballadores estranxeiros e os nacionais en materia de indemnización por accidentes de traballo. Este Convenio proclama a igualdade de trato respecto dos traballadores estranxeiros e os seus habentes-dereito en materia de in-

demnización por accidente de traballo. Concretamente, o seu art. 1.2 establece que "esta igualdade de trato será outorgada sen ningunha condición de residencia", o que levou a doutrina e a xurisprudencia a entendela referido aos estranxeiros que non contan con autorización de residencia. Non obstante, considerando a literalidade do precepto e a súa finalidade, entendemos que o mesmo se refire á efectividade do pagamento da prestación e non tanto ao recoñecemento da propia prestación. Dito doutro modo, trata de facer posible o cobramento da correspondente indemnización, evitando que o feito de non residir no lugar no que se produciu o accidente de traballo supoña un inconveniente ao respecto. En igual sentido ha de interpretarse o apartado I.a) da recomendación 25 da OIT, sobre a igualdade de trato entre os traballadores estranxeiros e nacionais en materia de indemnización por accidentes de traballo, segundo o cal "a Conferencia recomenda que (...) cada Membro da Organización Internacional do Traballo tome as medidas necesarias para facilitar aos beneficiarios dunha indemnización que non residan no país en que esta deba pagárselles o cobramento das sumas que se lles deban".

Ante o panorama descrito, cobra forza a idea de que o art. 36.3 da LOX constitúe, tras a súa última reforma, o fundamento normativo do dereito dos traballadores estranxeiros irregulares ás prestacións derivadas das continxencias profesionais, o que conta co aval das últimas sentenzas ditadas pola Sala do Social do Tribunal Supremo en materia de accidente de traballo que afecte algún daqueles. En efecto, en tales sentenzas, aínda que se continúa facendo referencia ao art. 125.3 da LGSS, ao art. 1.4.b) da Orde Ministerial do 28 de decembro de 1966 e ao convenio 19 da OIT, menciónase tamén o art. 36.3 da LOEX. En concreto, afirmase que en virtude deste precepto o contrato de traballo do estranxeiro non autorizado "non é, na actual lexislación, un contrato nulo" e "a obriga de cotizar se inicia coa prestación de servizos por conta allea" (art. 106 da LGSS); en consecuencia, conclúese que "o traballador [estranxeiro sen autorización] non pode verse privado dunha protección que, no noso sistema de relacións laborais, é inherente ao contrato de traballo"⁶⁶.

Para completar o exame da cuestión, non parece ocioso facer referencia, aínda que só sexa para poñer de manifesto a escuridade daquela, ao art. 10 do Real Decreto 1041/2005, de 5 de setembro, polo que se modifica, entre outros, o art. 42 do regulamento xeral sobre inscrición de empresas e afiliación, altas, baixas e variacións de datos de traballadores na seguridade social. O apartado segundo do reformado artigo trata de recoller, con pouca fortuna, a doutrina que o Tribunal Supremo segue nas sentenzas ás que se fixo referencia. Previamente, o seu apartado primeiro impón o deber de presentar unha autorización de traballo cando se solicita a afiliación e a alta dun traballador estranxeiro. Pois ben, o citado apartado segundo, sen demasiado acerto dende un punto de vista sistemático, fai referencia á protección que o sistema de seguridade social dispensa aos traballadores estranxeiros que presten servizos sen autorización e sufran un accidente de traballo. En concreto, dispón que "os traballadores por conta allea estranxeiros de países que ratificaran o convenio número 19 da OIT, do 5 de xuño de 1925, que presten os seus servizos sen atoparse legalmente en España e

66. Sentenzas do 9 de xuño e do 7 de outubro de 2003 (Ar. 3936 y 6497).

sen autorización para traballar ou documento que acredite a excepción á obriga de obtela, consideraranse [a utilización dun tempo verbal en futuro denota que esta regra só se aplicará *a posteriori*, isto é, en aqueles casos nos que a situación de irregularidade saía á luz] incluídos no sistema español de seguridade social e en alta no réxime que corresponda aos sós efectos da protección fronte a continxencias profesionais de accidentes de traballo e enfermidades profesionais". Como se aprecia, mentres que o citado convenio 19 da OIT era empregado polo Tribunal Supremo para recoñecer protección por continxencias profesionais aos estranxeiros que prestasen servizos sen a correspondente autorización, o precepto agora comentado emprégao cunha finalidade claramente excluínte, na medida en que o recoñecemento da protección por continxencia profesionais atópase referida aos "traballadores por conta allea estranxeiros de países que o ratificaran".

Indicouse que o reformado apartado segundo do art. 42 do citado regulamento, aínda que tratou de recoller a doutrina do Tribunal Supremo ao respecto, o fixo de xeito desafortunado. En efecto, a sentenza do 9 de xuño de 2003, que ten a súa orixe nun accidente de traballo sufrido por un traballador estranxeiro que non contaba con autorización de traballo, recoñeceu a protección por continxencias profesionais a pesar de que o devandito traballador era de Ecuador, que non ratificou o convenio 19 da OIT. Iso significa que para o Tribunal Supremo a ausencia de ratificación do devandito convenio non ten ningunha transcendencia aos efectos da examinada extensión da protección por continxencias profesionais, porque esta se apoia no art. 36.3 da LOEX. Así pois, non existe fundamento xurídico, máis alá do propio art. 42, coa sospeita de ilegalidade que pesa sobre el, no que se poida apoiar a apuntada diferenza de trato que nos conduce á distinción de tres categorías de traballadores estranxeiros: 1) os que contan con autorización de traballo; 2) os que carezan dela e sexan nacionais dalgún dos países que ratificaron o convenio 19 da OIT; e 3) os que sexan nacionais de países que non ratificaron o devandito convenio.

Para finalizar, resulta enigmático o último parágrafo do art. 42 do regulamento, segundo o cal "os estranxeiros que, precisando de autorización administrativa previa para traballar, desempeñen unha actividade en España carecendo da devandita autorización, non estarán incluídos no sistema da seguridade social, sen prexuízo de que poidan considerarse incluídos para os efectos da obtención de determinadas prestacións de acordo co establecido na lei". A súa interpretación literal, unida á que o Tribunal Supremo levou a cabo do art. 36.3 da LOEX, conduce á conclusión de que aquel converte en inútil o parágrafo anterior e, sobre todo, pon de manifesto que o lexislador carece dun obxectivo claro na materia. Desaproveitouse a modificación normativa para botar un pouco de luz sobre unha cuestión tan complexa e necesitada de solución. Unha vez máis, nesta ocasión a través dunha norma regulamentaria, mestúranse criterios de xeito confuso, cuxa finalidade non se percibe de forma clara, crean máis incerteza, máis diferenzas e un campo máis amplo para a desprotección e, ademais, non concordan co que dispón a LOEX e interpretación que mereceu. A modificación do comentado art. 42, se algo achega á situación existente con anterioridade, é máis confusión.

Polo que respecta á protección fronte a *continxencias comúns*, a cuestión a resolver é a de se o art. 36.3 da LOEX permite afirmar que os traballadores estranxeiros irregulares tamén contan con ela. Unha vez admitido que o citado precepto lles outorga protección fronte ás continxencias profesionais, non existe razón para negarlles a protección por continxencias comúns. Posto que a LOEX non distingue entre un e outro tipo de continxencias, non hai motivo, en principio, para que o intérprete distinga. Cuestión diferente é determinar quen é o responsable de proporcionar a correspondente protección por continxencias comúns ao traballador estranxeiro irregular e que obrigas se derivan para el. Pois ben, a protección correrá a cargo do empresario como acontece cando a vítima dunha continxencia común é un traballador estranxeiro regular ou un traballador español. Noutras palabras, en virtude do art. 36.3 da LOEX, o traballador estranxeiro que presta servizos sen a correspondente autorización de traballo queda asimilado a un traballador estranxeiro en situación regular e que non fose dado de alta. Certamente, outra posible opción sería considerar aquel asimilado a un traballador estranxeiro en situación regular, en alta e ao corrente no pagamento de cotizacións co obxectivo de que fíxese fronte ao pagamento das prestacións oportunas ao sistema de seguridade social; non obstante, tal opción resulta desproporcionada e, polo tanto, irracional, pois se estaría a ofrecer ao traballador estranxeiro que non conta con autorizacións de residencia e traballo unha maior protección que a que o ordenamento ofrece ao traballador estranxeiro que, aínda que conte as devanditas autorizacións, non fose dado de alta na seguridade social; ou ao traballador español respecto ao cal non cumprira tal requisito.

2. O caso particular da capitalización da prestación contributiva por desemprego

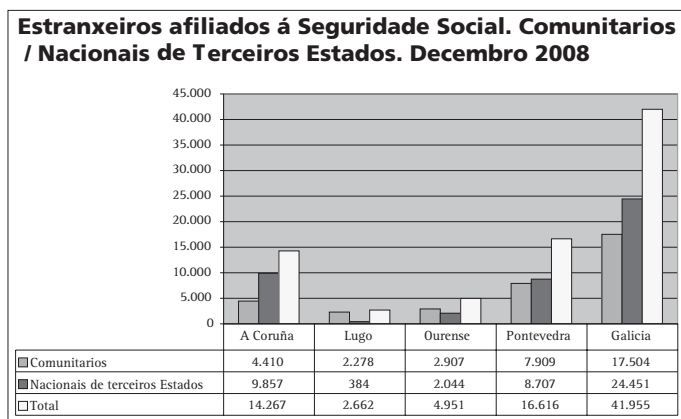
Da regra xeral de inexistencia de particularidades dende a perspectiva dos dereitos de seguridade social do traballador estranxeiro que conta coa correspondente autorización de traballo se aparta a posibilidade que ten este de cobrar de forma anticipada a prestación contributiva por desemprego cando decide retornar ao seu país de orixe. A devandita posibilidade, ata agora impedida pola LGSS, que supeditaba calquera capitalización da prestación á existencia dunha previsión ao respecto nun programa de fomento do emprego e a que a actividade profesional a desenvolver polo traballador desempregado se realizase en territorio español, foi establecida polo art. único do Real Decreto-lei 4/2008, do 19 de setembro, "coa finalidade de facilitar o retorno voluntario ao seu país de orixe aos traballadores estranxeiros desempregados" que se atopen legalmente en España. Nestes casos, o servizo público de emprego estatal "poderá aboar a aqueles, anticipadamente e de forma acumulada, en dúas veces, o importe da prestación contributiva por desemprego a que tivesen dereito". Con carácter xeral, os beneficiarios haberán de ser "nacionais de países que, en cada momento, teñan subscrito con España un convenio bilateral en materia de seguridade social"; non obstante, o Ministro de Traballo e Inmigración pode estender o pagamento anticipado contemplado aos traballadores estranxeiros nacionais doutros países, se considera que estes "contan con mecanismos de protección social que garantan a dispensa dunha cobertura axeitada" ou que concorren "outras circunstancias específicas" neles ou nos solicitantes que permiten a referida extensión. En ambos os dous casos, o traballador estranxeiro debe comprometerse a retornar ao seu país de orixe no prazo de trinta días naturais e non retornar a España no prazo de tres anos.

En canto á contía a percibir polos solicitantes, será equivalente á que lles corresponda "en función do número de días de prestación recoñecidos, na data de nacemento do dereito, ou que lles reste por percibir ata o seu esgotamento, dende a data de reanudación da prestación ou dende a data de solicitude desta modalidade de abono". O abono anticipado e acumulado de que se trata "non levará consigo ningunha cotización á seguridade social, polo que da súa contía non se realizará dedución pola achega do traballador en concepto de cotización".

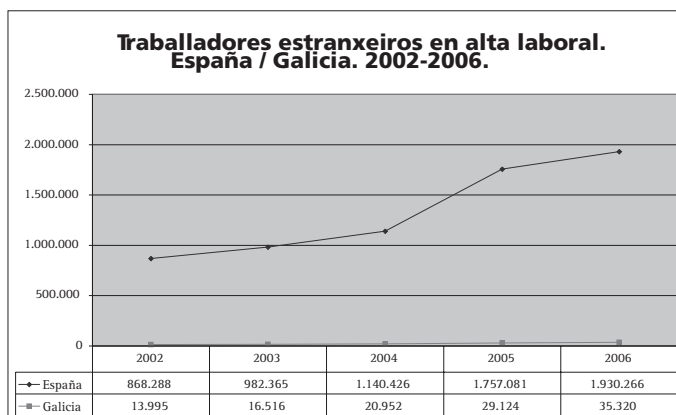
3. O impacto dos traballadores estranxeiros en Galicia sobre a seguridade social

Realizar o estudo cuantitativo do expresado impacto presenta unha notable dificultade técnica, derivada da diverxencia entre os datos do *Anuario de estadísticas laborales* e do *Anuario de extranjería*. Para coñecer a evolución histórica optouse por tomar como fonte este último, que, pola súa maior especialidade, debería ser máis preciso. Agora ben, os seus datos sobre os aspectos que aquí interesan alcanzan ata o ano 2006, non estando dispoñibles aínda os correspondentes ao ano 2007. En cambio, para reflectir a situación actual manéxase como fonte a publicación especializada do Ministerio de Traballo e Inmigración na materia, *Afiliación media de estranxeiros á seguridade social*, con datos de setembro de 2008. Unha dificultade engadida é a falta de datos que distingan entre estranxeiros sometidos ao réxime comunitario e os sometidos á LOEX. Cando foi posible establecer esta diferenza, indícase no título do gráfico, de modo que a mención xeral a "estranxeiros" comprende a todos, con independencia do seu réxime.

Na actualidade, Galicia ten un escaso peso no volume nacional de afiliados estranxeiros á seguridade social. Ofrece o 2'16 por cento dos estranxeiros afiliados ao sistema, fronte, por exemplo, ao 22 por cento de Cataluña ou da Comunidade de Madrid. Aquela porcentaxe implica un sexto lugar pola "cola", deixando a un lado as cidades autónomas, coincidente co que se constatou en relación coa presenza documentada de estranxeiros. A pesar diso, paga a pena resaltar que o número de estranxeiros afiliados se triplicou dende o ano 2002, o cal reflicte un crecemento relativo superior ao do conxunto do territorio nacional, que no mesmo período apenas se duplicou.



CADRO 18. Fonte: MTIN (*Afiliación media de estranxeiros á seguridade social*, decembro 2008).



CADRO 19. Fonte: Delegación do Goberno para a estranxeiría e a inmigración (*Anuario estatístico de estranxeiría 2002-2003*), Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Anuario estatístico de inmigración 2004-2006*). Elaboración propia.

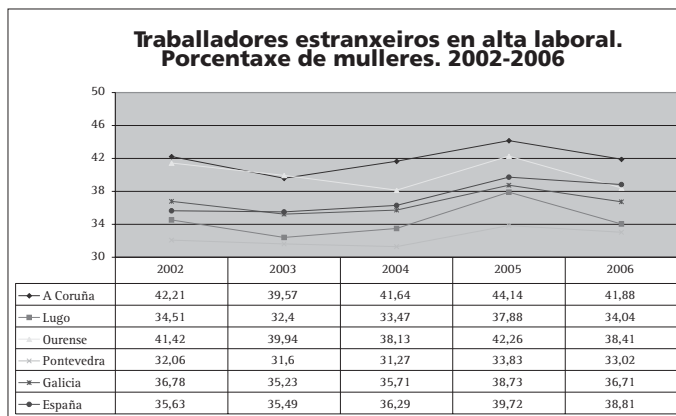


CADRO 20. Fonte: Delegación do Goberno para a estranxeiría e a inmigración (*Anuario estatístico de estranxeiría 2002-2003*), Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Anuario estatístico de inmigración 2004-2006*). Elaboración propia.

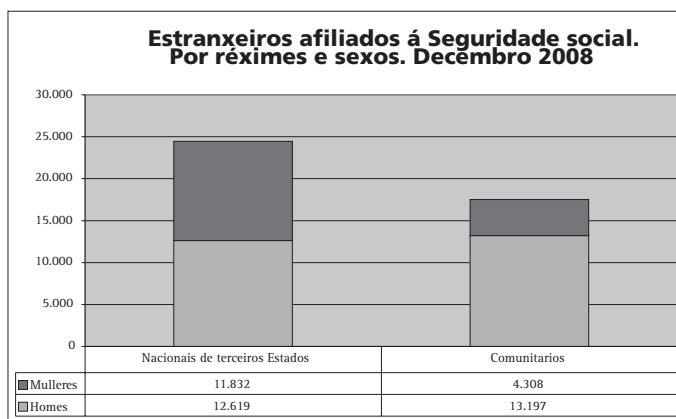
O perfil do afiliado típico que se extrae da comparación dos datos corresponde a un home cunha media de idade de 36 anos⁶⁷. Non obstante, aparecen algunhas especialidades en Galicia fronte ao conxunto de España. En primeiro lugar, como xa se indicou no apartado V.2 deste mesmo capítulo, a presenza de comunitarios afiliados é considerablemente máis elevada en Galicia, moito máis do que os datos do Padrón municipal farían esperar. Paga a pena destacar que en Ourense o número de comunitarios afiliados supera ao de extracomunitarios, sendo a única provincia onde se dá tal situación. A explicación máis sinxela diso ofréceaa a fluidez das relacións transfronteiras con Portugal.

67. Anuario de inmigración.

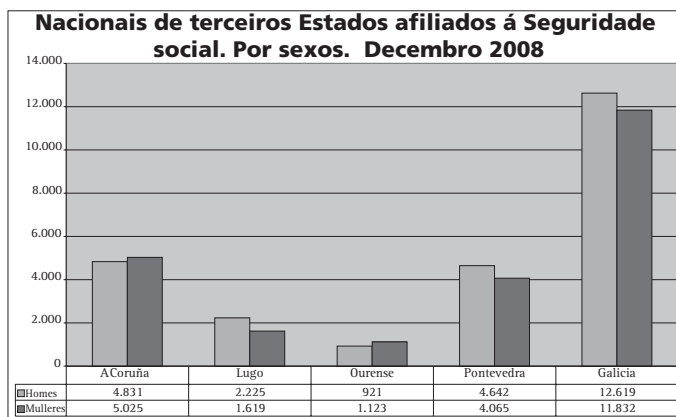
En segundo lugar, a afiliación feminina é, de media, menos acentuada que no total nacional, a pesar das altas cifras da provincia da Coruña. Tomando como referencia os datos máis recentes de afiliación, é moi notable a desproporción entre un e outro sexo en función da procedencia. Mentres que nos cidadáns extracomunitarios case se dá un equilibrio entre homes e mulleres, nos cidadáns comunitarios aparece unha elevada proporción de homes, moi superior á as mulleres, que non chegan nin sequera ao 25 por cento do total. Volvendo aos extracomunitarios, destaca, de novo, a situación de Ourense, única provincia onde as mulleres superan aos homes en afiliación. Noutra orde de cousas, tendo en conta os datos do Padrón a 1 de xaneiro de 2008, que mostran que o número de mulleres é superior ao de homes, chégase á conclusión de que un considerable número das cidadás extracomunitarias que se atopan en Galicia non acceden ao sistema de seguridade social como cotizantes.



CADRO 21. Fonte: Delegación do Goberno para a estranxeiría e a inmigración (*Anuario estatístico de estranxeiría 2002-2003*), Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Anuario estatístico de inmigración 2004-2006*). Elaboración propia.

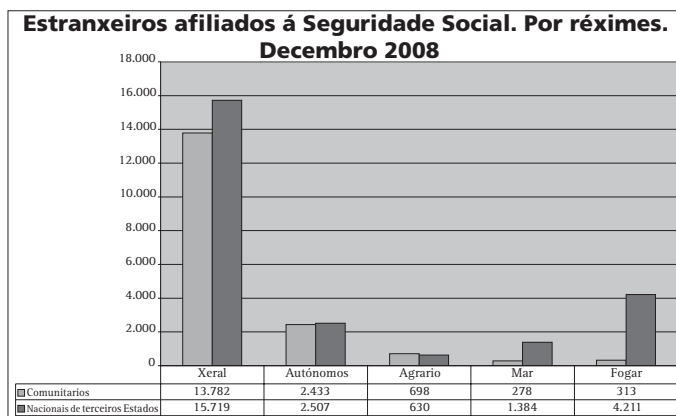


CADRO 22. Fonte: MTIN (*Afiliación media de estranxeiros á seguridade social, decembro 2008*).



CADRO 23. Fonte: MTIN (*Afiliación media de estranxeiros á seguridade social, decembro 2008*).

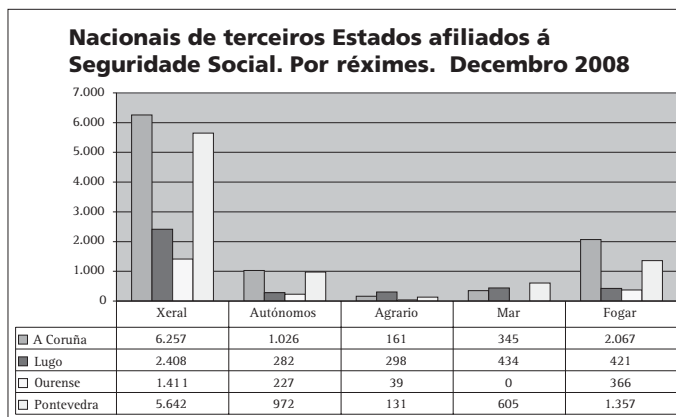
Por réximes, en correspondencia coas autorizacións de traballo xa examinadas, o principal foco de afiliación corresponde ao réxime xeral, no que quedan encadrados máis do 70 por cento dos estranxeiros afiliados. O menos importante é o réxime especial agrario, único onde o número de cidadáns comunitarios é superior ao de extracomunitarios. A maior desproporción entre ambos os dous grupos de persoas dáse no réxime especial do fogar, cuxas cifras reflicten unha elevada presenza dos extracomunitarios, especialmente na provincia da Coruña. Proporcionalmente, destaca a importancia da provincia de Lugo no que se refire a afiliados extracomunitarios ao réxime especial agrario e ao réxime especial do mar.



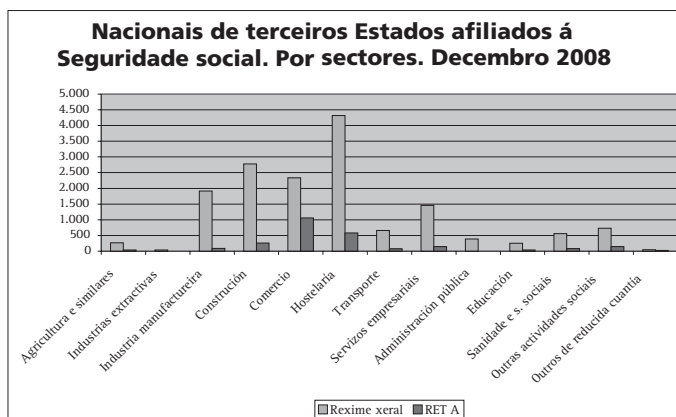
CADRO 24. Fonte: MTIN (*Afiliación media de estranxeiros á seguridade social, decembro 2008*).

Por sectores, a afiliación é especialmente destacada na hostalaría, a construción, o comercio e a industria manufacturera. Destaca a importancia que ten a afiliación ao réxime especial de traballadores autónomos no sector do comercio, que é, aproximadamente, a metade dos afiliados ao réxime xeral no mesmo sector. Por detrás del queda o sector da hostalaría, no que, aínda que os autónomos afiliados superan os

500, son moi poucos en comparación co número de afiliados por conta allea. A afiliación por conta propia nos demais sectores é moi limitada, claro reflexo do xa comentado sobre as pautas ás que responde a inmigración en Galicia.



CADRO 25. Fonte: MTIN (*Afiliación media de estranxeiros á seguridade social, decembro 2008*).

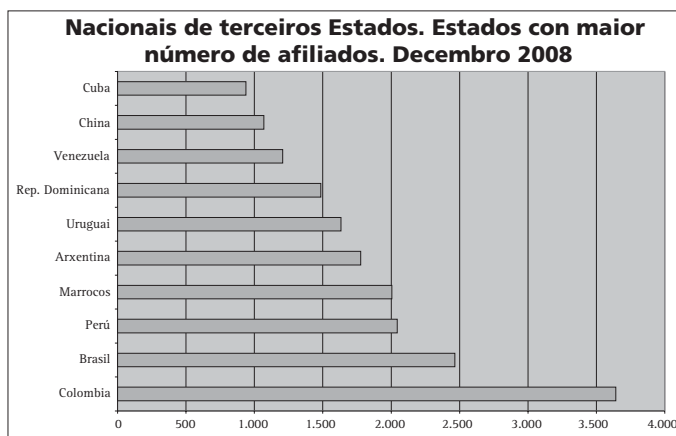


CADRO 26. Fonte: MTIN (*Afiliación media de estranxeiros á seguridade social, decembro 2008*).

Resulta interesante comparar a lista de Estados con maior número de cidadáns afiliados coa que se presentou no capítulo I sobre os Estados con maior número de cidadáns empadroados. Certamente, son datos con máis dun ano de diferenza e, polo tanto, non son homoxéneos. Como regra xeral, a maior parte de Estados que figuran na segunda táboa aparecen na primeira, aínda que non na mesma orde. Chama a atención que Senegal desaparece da táboa de Estados con máis cidadáns afiliados.

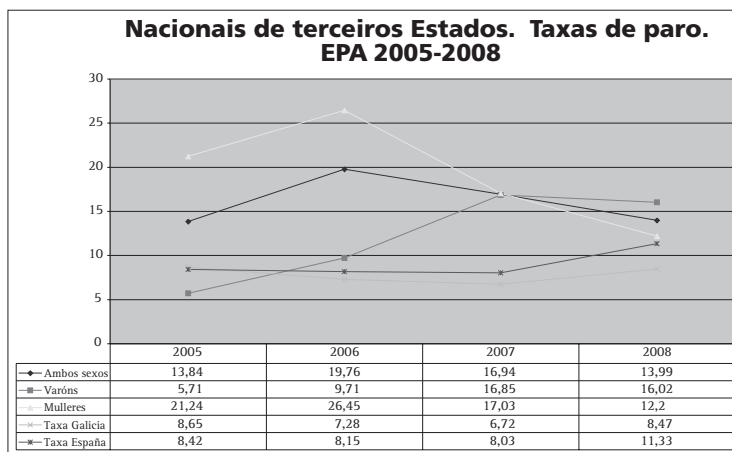
Respecto ao desfrute de prestacións por parte dos estranxeiros, non hai datos que permitan levar a cabo unha análise exhaustiva. Unicamente se puideron localizar cifras referentes á prestación por desemprego. Como se pode comprobar, o nivel de paro re-

xistrado entre a poboación estranxeira mantívose estable nos último anos. Tal estabilidade é notable se se ten en conta o crecemento que experimentou o número de traballadores estranxeiros en Galicia en igual período de tempo. A cifra máxima alcanzouse no ano 2007, con 5.650 inscritos. Deles, polo menos 3.360 eran extracomunitarios, non podéndose precisar máis esta cifra dada a falta de desagregación detallada das publicacións oficiais.

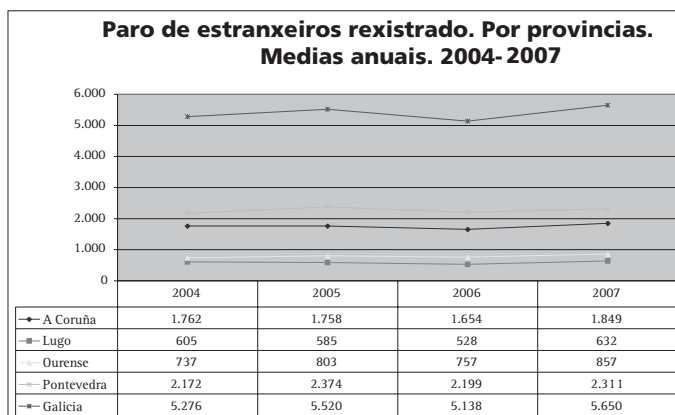


CADRO 27. Fonte: MTIN (*Afiliación media de estranxeiros á seguridade social, decembro 2008*).

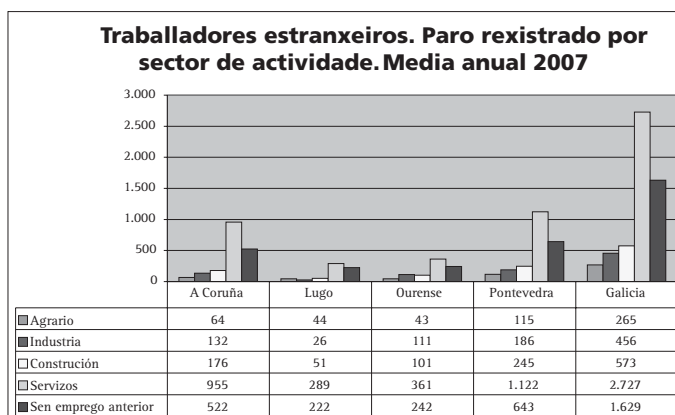
Por sectores, as taxas respectan aproximadamente as cifras que se manexaron ata agora sobre número de autorizacións e contratos de traballo. Así, a parte máis importante do paro rexistrado localízase no sector dos servizos, que case iguala a suma de todos os restantes. Destaca o elevado número de estranxeiros que se rexistran sen gozar dun emprego anterior.



CADRO 28. Fonte: INE (*Enquisa de poboación activa, 2005-2008*). Elaboración propia. Valores tomados o cuarto trimestre de cada ano.



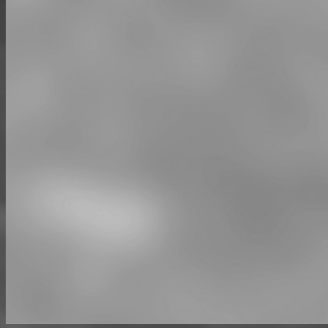
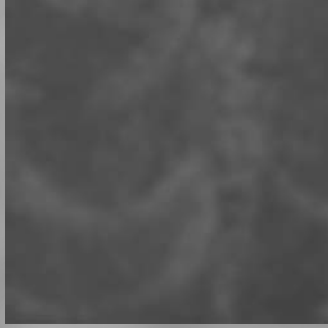
CADRO 29. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2004-2007*). Elaboración propia.



CADRO 30. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2004-2007*). Elaboración propia.

CAPÍTULO IV

CONDICIONES PARA O TRABALHO
DOS ESTRANGEIROS:
AS AUTORIZAÇÕES DE TRABALHO



SUMARIO:

I. A PERMANENCIA LEGAL EN ESPAÑA. -II. MODALIDADES DE AUTORIZACIÓN DE TRABAJO: 1. Aspectos xerais; 2. Autorización ordinaria ou tipo; 3. Autorización para a realización de actividades de duración determinada; 4. Autorización de traballo por conta propia ou allea para traballadores transfronteirizos; 5. Autorización de residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos: *A) Para comezar; B) Delimitación do suposto de feito obxecto da autorización de residencia e traballo contemplada:* a) A temporalidade do desprazamento; b) Preexistencia dunha relación laboral entre o traballador desprazado e a empresa á que pertence; c) A relevancia da nacionalidade do traballador estranxeiro a desprazar e do Estado onde está establecida a empresa que pretende realizar o desprazamento; d) Actividade ou operación empresarial de carácter transnacional a cuxa cobertura servirá o desprazamento e conexión con España do destinatario da devandita actividade ou operación: *1.d) Xeral; 2.d) A exclusión dos desprazamentos que teñan como obxecto o desenvolvemento de actividades formativas ou afecten o persoal navegante das empresas da mariña mercante;* e) Inexistencia do recoñecemento dunha excepción á autorización de traballo; *C) Procedemento:* a) Órgano ante o que debe ser presentada a solicitude de autorización; b) Documentación que debe acompañar á solicitude; c) Taxas; *D) Requisitos, denegación e ámbitos da autorización. Efectos do correspondente visado:* a) Requisitos e denegación; b) Ámbitos; c) Efectos do visado de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos. 6. Outros instrumentos que habilitan para traballar. -III. DISTRIBUCIÓN POR SECTORES E OCUPACIÓN DAS AUTORIZACIÓNS DE TRABAJO EN GALICIA.-IV. CRITERIOS DE CONCESIÓN DA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO: A SITUACIÓN NACIONAL DE EMPREGO. - V. RÉXIME DO TRÁNSITO ENTRE SITUACIÓNS ADMINISTRATIVAS. -VI. MECANISMOS ESPECIAIS PARA A OBTENCIÓN DA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO: 1. O sistema de continxente; 2. A regularización de inmigrantes: *A) Características xerais; B) Análise dos procesos de regularización.* -VII. EFECTOS DA FALTA DE AUTORIZACIÓN: 1. Sobre o contrato de traballo; 2. En materia de seguridade social.

I. A PERMANENCIA LEGAL EN ESPAÑA

Cando un nacional dun terceiro Estado quere entrar en España necesita, en primeiro lugar, un visado, cuxa modalidade dependerá dos motivos polos cales elixe tal destino (art. 25 da LOEX). Unha vez que se traspasaron as fronteiras a situación na que se pode atopar esa persoa varía. Utilizando o criterio temporal, de acordo co art. 29 da LOEX, que forma parte do capítulo II deste texto legal, dedicado ás "situacións dos estranxeiros", estes poden atoparse en España na situación de *estanza* ou de *residencia*.

A situación de *estanza* caracterízase pola súa extremada temporalidade, pois, salvo no caso dos estudantes, é a permanencia en territorio español por un período de tempo non superior a noventa días. Transcorrido ese tempo é preciso obter unha prórroga da situación de *estanza*, pasar á situación de *residencia* ou saír do país (art. 30 da LOEX). O art. 25 do REX define a *estanza* como a situación na que se atopa o estranxeiro que non sexa titular dunha autorización de *residencia* e se atope autorizado para permanecer en España por un período ininterrompido ou suma de períodos sucesivos cuxa duración total non exceda de noventa días por semestre a partir da data da primeira entrada. Esta situación acredítase a través do visado de *estanza* (art. 25.2 do REX), que, como pon de manifesto o art. 25 bis da LOEX, no que se recollen os distintos tipos de visados, "habilita para unha *estanza* ininterrompida ou *estanzas* sucesivas por un período ou suma de períodos cuxa duración total non exceda de tres meses por semestre a partir da data da primeira entrada".

Xunto á situación de *estanza* que, como xa dixemos, se caracteriza pola súa extremada temporalidade, aparece a situación de *residencia temporal*, na que se atopan aqueles estranxeiros que son titulares dunha autorización para residir (art. 30 bis da LOEX). A *residencia* tamén é unha situación temporal, pero presenta certos visos de permanencia, polo menos en contraste coa situación de *estanza*, pois a norma prevé a súa renovación ata alcanzar a situación de *residencia* permanente. A *residencia* temporal é aquela situación na que o estranxeiro pode permanecer en España por un período superior a noventa días (inferior sería *estanza*) e inferior a cinco anos (superior sería *residencia* permanente). A súa acreditación prodúcese a través dunha autorización administrativa, denominada de "residencia temporal", que, de acordo co art. 31.2 da LOEX concederá ao estranxeiro que: 1) acredite dispoñer de medios de vida suficientes para atender aos seus gastos de manutención e *estanza*, incluíndo, se é o caso, os da súa familia, durante o período de tempo polo que se solicite sen necesidade de realizar actividade lucrativa; 2) pretenda realizar unha actividade por conta allea ou por conta propia e obtivera a autorización para traballar á que fai referencia o art. 36 da LOEX; ou 3) sexa beneficiario do dereito ao reagrupamento familiar. A concesión supéditase a que o solicitante careza, por delitos existentes no ordenamento español, de antecedentes penais en España ou nos países nos que reside con anterioridade e, ademais, non figure "como rexeitable no espazo territorial de países cos que España teña asinado un convenio en tal sentido" (art. 36.4 da LOEX). Polo demais, a normativa de estranxeiría prevé tamén a posibilidade de obter unha autorización de *residencia* cando concorran certas circunstancias excepcionais,

como a situación de arraigamento⁶⁸, a colaboración coa xustiza⁶⁹ ou a presenza de razóns humanitarias⁷⁰.

Transcorrido certo tempo, o residente temporal pode acceder á situación de *residencia permanente*, en virtude da cal se pode residir indefinidamente e traballar en igualdade de condicións que os españois (arts. 32.1 da LOEX e 71 do REX)⁷¹. Con carácter xeral, para obter a autorización de residencia permanente é preciso residir en Es-

68. A norma regulamentaria diferencia dous tipos de arraigamento: o *laboral*, que concorre cando se acredite a existencia de relacións laborais a duración das cales non sexa inferior a un ano e a permanencia continuada en España durante un período mínimo de dous anos, sempre que se careza de antecedentes penais en España e no país de orixe [art. 45.2.a) do REX]; e o que cabe denominar *social*, no que se atopan os estranxeiros que "acrediten a permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres anos, sempre que carezan de antecedentes penais en España e no seu país de orixe, contén cun contrato de traballo asinado polo traballador e o empresario no momento da solicitude cuxa duración non sexa inferior a un ano e ben acrediten vínculos familiares con outros estranxeiros residentes, ben presenten un informe que acredite a súa inserción social emitido polo concello no que teña o seu domicilio habitual" [art. 45.2.b) do REX]. Tales vínculos familiares entenderanse referidos exclusivamente aos cónxuxes, ascendentes e descendentes en liña directa" (ibídem)

69. Art. 45.5 do REX. De acordo co precepto, "ás persoas que colaboren coas autoridades administrativas policiais, fiscais ou xudiciais, ou cando concorran razóns de interese público ou seguridade nacional" poderáselles outorgar unha autorización de residencia temporal.

70. De acordo co art. 45.4 do REX, poderase conceder unha autorización de residencia temporal por razóns humanitarias:

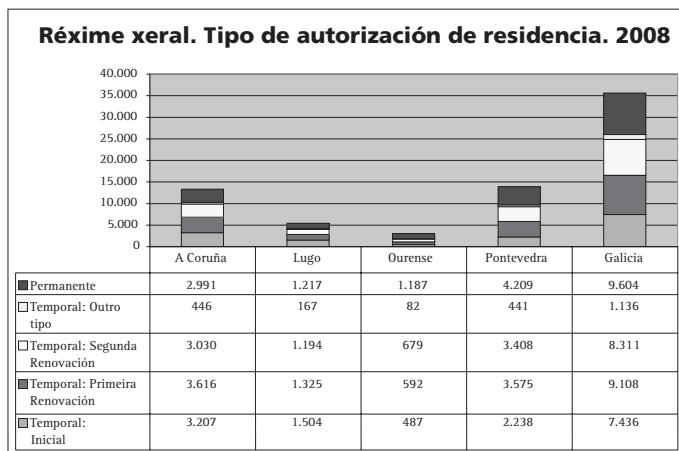
"a) Aos estranxeiros vítimas dos delitos tipificados nos artigos. 311 a 314 do Código Penal, de delitos nos que concorrera a circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas ou doutra clase de discriminación, tipificada no artigo 22. 4 ª, do Código Penal, ou de delitos por condutas violentas exercidas no ámbito familiar, nos termos previstos pola Lei 27/2003, do 31 de xullo, reguladora da orde de protección das vítimas de violencia doméstica, sempre que recaera sentenza por tales delitos".

b) "Aos estranxeiros que acrediten sufrir unha enfermidade sobrevida de carácter grave que requira asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso no seu país de orixe, e que o feito de ser interrompida ou de non a recibir supoña un grave risco para a saúde ou a vida para o que será necesario un informe clínico expedido pola autoridade sanitaria correspondente".

c) Aos estranxeiros que acrediten que o seu traslado ao país do que son orixinarios ou proceden, para os efectos de solicitar o visado que corresponda, implica un perigo para a súa seguridade ou a da súa familia, e que reúnen os demais requisitos para obter unha autorización temporal de residencia ou de residencia e traballo".

O procedemento para obter unha autorización de residencia permanente, do que se ocupa o art. 73 do REX, comeza coa presentación da oportuna solicitude en modelo oficial. Se o solicitante non se atopa en España, a presentación faraa persoalmente na oficina diplomática ou consular na demarcación da cal resida, tramitándose nos mesmos termos que a residencia temporal recollida na sección 1ª do capítulo I do título IV do REX. Á solicitude de autorización debe acompañar a documentación que acredite a residencia legal previa en España durante cinco anos ou, no seu caso, que o estranxeiro se atopa nalgún dos supostos recollidos no art. 72.3 do REX. Recibida a solicitude, ou emendados os seus defectos, o órgano competente solicitará de oficio o correspondente certificado de antecedentes penais, así como aqueles informes que considere pertinentes para a tramitación e resolución do procedemento. No prazo máximo de tres meses dende a recepción da solicitude, e sen prexuízo do disposto no art. 72.3.g) do REX, o Delegado ou Subdelegado do Goberno, segundo corresponda, resolverá. Entenderase que a resolución é favorable cando a Administración non resolva expresamente no prazo de tres meses dende a presentación da solicitude, sempre e cando esta se fundamente nos supostos recollidos no apartado 1 ou nos parágrafos a) e b) do apartado 3 do art. 72 do REX. De producirse a concesión da autorización, o estranxeiro deberá solicitar persoalmente a tarxeta de identificación de estranxeiro no prazo dun mes dende a notificación da devandita concesión. Os estranxeiros que sexan titulares dunha autorización de residencia permanente deben solicitar a renovación da tarxeta de identidade de estranxeiro cada cinco anos (art. 74 do REX).

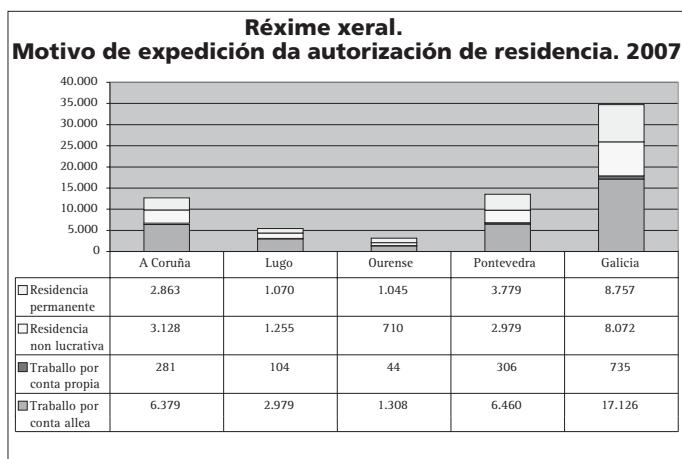
paña durante cinco anos de xeito continuado (arts. 32.1 da LOEX e 72.1 do REX). Ese requisito de situación de residencia previa impide que poida acceder directamente a aquela quen se atope nunha situación de estanza, como sucede cos estudantes, cuxa situación administrativa é, en principio, a de estanza, que non abonda aos efectos considerados, aínda que aqueles permaneceran en España de xeito ininterrompido. Polo que respecta á continuidade da residencia, non queda afectada por certas ausencias do territorio español, das que tratan os arts. 32.2 da LOEX e 72.2 do REX. De acordo con este último, non rompen a esixida continuidade as ausencias de ata seis meses, sempre que a súa suma non supere o total dun ano dentro dos cinco anos, que se esixen para alcanzar o estatuto de residente permanente.



CADRO 1. Fonte: Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Informe Estranxeiros con certificado de rexistro ou tarxeta de residencia en vigor a 30 de setembro de 2008*). Elaboración propia.

Xa con independencia do requisito salientado, de residencia continuada durante cinco anos, a autorización de residencia permanente tamén se concederá aos que se atopen nalgunha das situacións que contempla o art. 72.3 do REX: 1) "residentes que sexan beneficiarios dunha pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, incluída dentro da acción protectora do sistema español da seguridade social"; 2) "residentes que sexan beneficiarios dunha pensión de incapacidade permanente absoluta ou de gran invalidez, na súa modalidade contributiva, incluída dentro da acción protectora do sistema español da seguridade social ou de prestacións análogas ás anteriores obtidas en España e consistentes nunha renda vitalicia, non capitalizable, suficiente para o seu sostemento"; 3) estranxeiros nados en España que ao chegar á maioría de idade acrediten residir nela "de forma legal e continuada durante, polo menos, os tres anos consecutivos inmediatamente anteriores á solicitude"; 4) estranxeiros "españóis de orixe" que "perderan a nacionalidade española"; 5) estranxeiros "que ao chegar á maioría de idade estiveran baixo a tutela dunha entidade pública española durante os cinco anos inmediatamente anteriores de forma consecutiva"; 6) "apátridas ou refuxiados que se atopen en territorio español e aos que se lles recoñecera o respectivo estatuto en España"; e 7) "estranxeiros que contribuíran de forma notoria ao progreso económico, científico ou cultural de España,

ou á proxección de España no exterior”⁷².



CADRO 2. Fonte: Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración (*Anuario estadístico de inmigración*, 2007). Elaboración propia.

II. MODALIDADES DE AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

1. Aspectos xerais

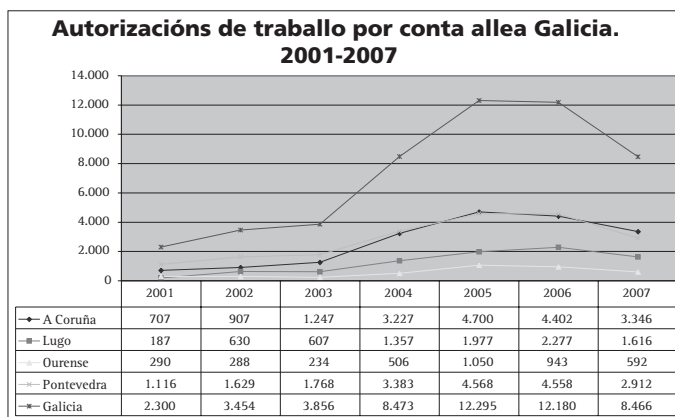
En principio, os estranxeiros que queiran prestar servizos en España necesitan obter unha autorización de traballo (art. 36.1 da LOEX) cuxa concesión inicial depende, en boa medida, da situación que presente o noso mercado de traballo. Unha vez conseguida a devandita autorización, sen prexuízo das matizacións realizadas ao abordar a análise dos dereitos dos estranxeiros⁷³, o traballador estranxeiro ha de recibir o mesmo trato que o traballador español ou comunitario. Ata aquí todo parece moi sinxelo; non obstante, a análise da materia resulta complicada pola existencia de diferentes tipos de autorizacións de traballo, cuxo emprego depende das circunstancias deste, entre elas, que sexa por conta allea ou propia⁷⁴.

En *Galicia*, a relación entre autorizacións por conta allea e conta propia presenta un claro desequilibrio a favor da primeira (véxanse *cadros 3, 4 e 5*). Aínda que no ano 2001 o número de autorizacións por conta propia representaba unha porcentaxe respectable en comparación coas autorizacións por conta allea, o seu considerable descenso no ano 2002 e o imparable crecemento das segundas fixo que na actualidade, a pesar dalgúns tímidos repuntes, a importancia do traballo por conta propia dos extracomunitarios poida ser considerada marxinal. Quen inmigra a Galicia faíno para traballar por conta allea.

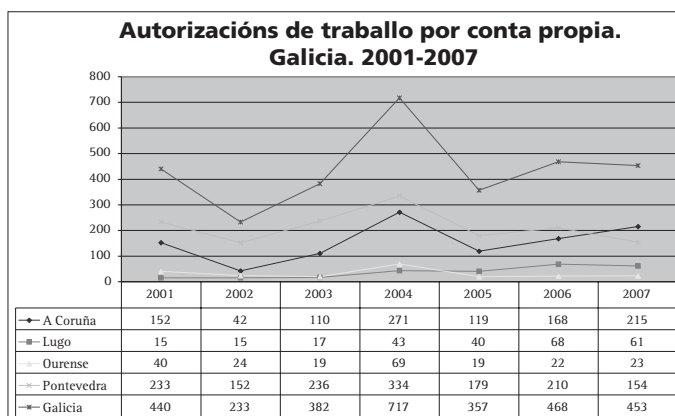
72. A concesión da autorización de residencia permanente corresponde, neste caso, ao Ministerio de Traballo e Inmigración, logo de informe de Ministerio de Interior.

73. Véxase capítulo III.

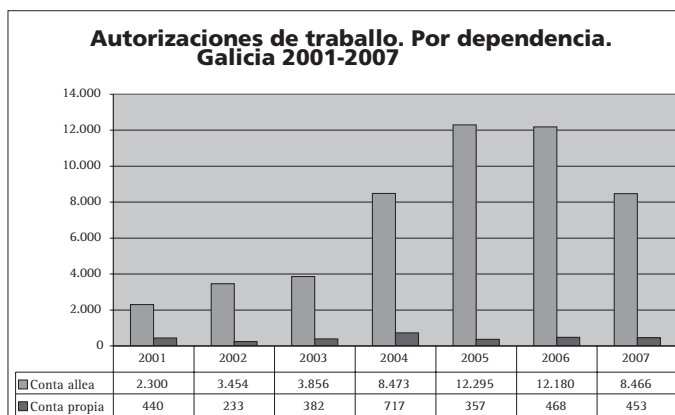
74. Tamén este último require a previa obtención dunha autorización administrativa (art. 37 da LOEX), a concesión da cal require de solicitude tramitada polo procedemento que describe o art. 59 do REX e supe-dítase ao cumprimento dos requisitos establecidos no art. 58 de igual texto regulamentario



CADRO 3. Fonte: MTAS (Anuario de estatísticas laborais, 2002-2007). Elaboración propia.

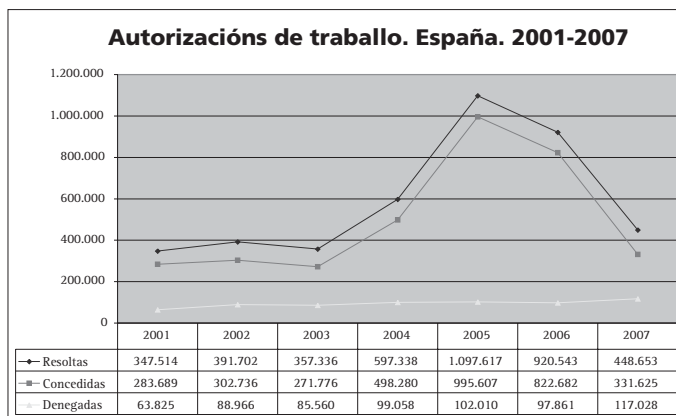


CADRO 4. Fonte: MTAS (Anuario de estatísticas laborais, 2002-2007). Elaboración propia.



CADRO 5. Fonte: MTAS (Anuario de estatísticas laborais, 2002-2007). Elaboración propia.

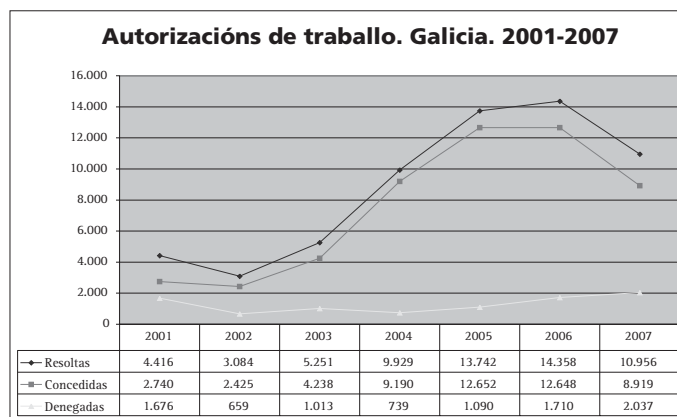
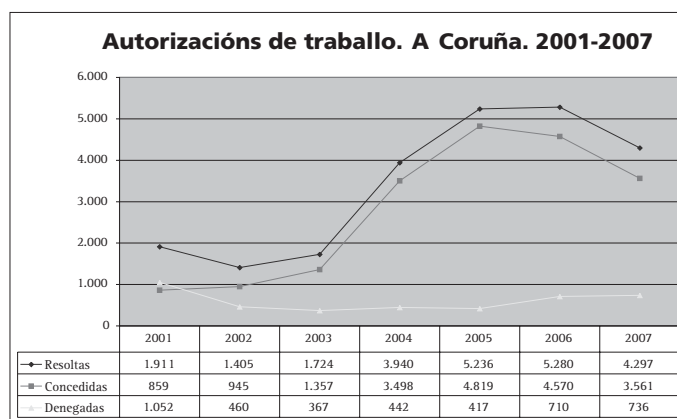
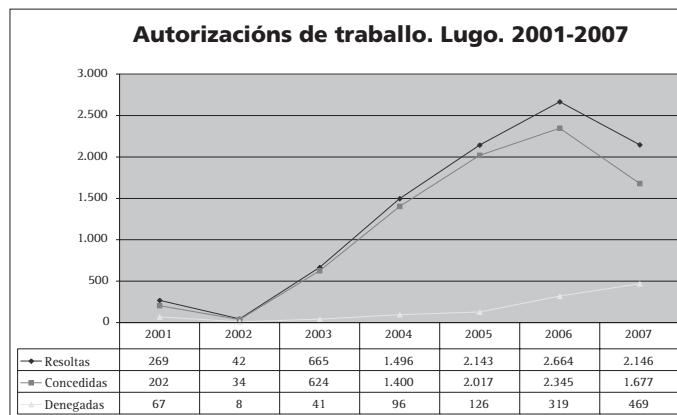
Pasando a outros aspectos, o exame do número de autorizacións de traballo tramitadas en España entre os anos 2001 e 2007 pon de manifesto dous feitos relevantes (véxase *cadro 6*). En primeiro lugar, un fortísimo crecemento entre os anos 2003 e 2005, en que se chega a triplicar o número de autorizacións. En segundo lugar, o inicio dun considerable descenso a partir dese último ano, de modo que os datos do ano 2007 son próximos aos do ano 2003. En comparación cos datos de Galicia no mesmo período (véxase *cadro 7*), advírtese que o crecemento das autorizacións foi algo menos elevado. Así mesmo, entre os anos 2005 e 2006 produciuse un episodio de "meseta" que parece atrasar nun ano o descenso, co cal a situación galega no ano 2007 resulta similar á que se rexistraba no ano 2004.



CADRO 6. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborales, 2002-2007*). Elaboración propia.

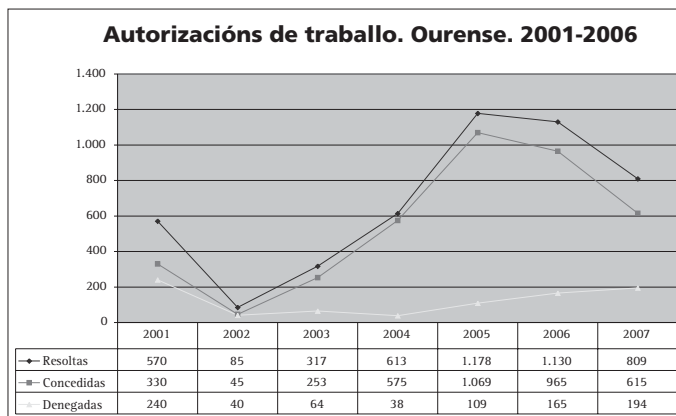
Cabe destacar que incremento e descenso veñen vinculados moi directamente co número de autorizacións concedidas. O número de denegacións incrementábase moi lentamente (no caso de Galicia inclúe un descenso entre os anos 2001 e 2002 moi notable) e non inflúe de xeito decisivo no resultado global da valoración. No outro extremo, o número de autorizacións concedidas en Galicia no ano 2007 é case catro veces superior ás outorgadas no ano 2001, mentres que as denegacións se incrementaron unicamente nun 25 por cento.

Por provincias, hai que sinalar a homoxeneidade case total de patróns en comparación co conxunto do que sucede na Comunidade Autónoma. Os perfís da Coruña, Ourense e Pontevedra reproducen case con exactitude o xeral, no que a autorizacións tramitadas e concedidas se refire. Unicamente Lugo presenta algunha variación, motivado polo ínfimo número de tramitacións no ano 2002, que provoca que o seu crecemento sostido ata o ano 2006, cando o resto de provincias se empezaron a estancar e, no caso de Ourense, a declinar, bote unha taxa de multiplicación de 60 veces a cifra de partida. A Coruña e Pontevedra, onde se localiza o maior número de autorizacións, triplicaron os seus números no período de crecemento, mentres que Ourense, que partía de números reducidos, roldou un factor de multiplicación de 15. No ano 2007 mantense en todas as provincias, máis ou menos, o nivel de autorizacións rexistrado no ano 2004, sendo o descenso máis acusado o de Pontevedra.

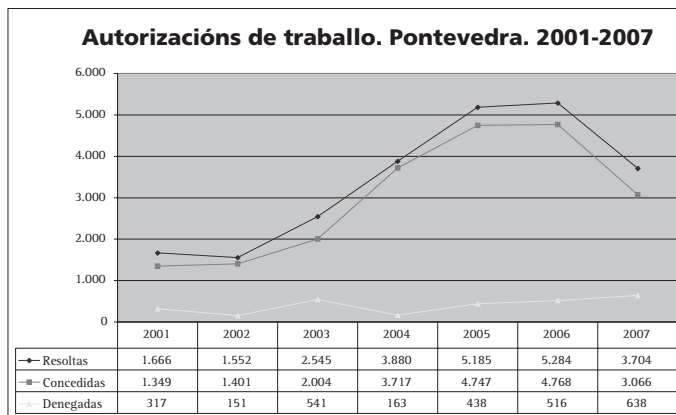
CADRO 7. Fonte: MTAS (*Anuario de estatísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.CADRO 8. Fonte: MTAS (*Anuario de estatísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.CADRO 9. Fonte: MTAS (*Anuario de estatísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

As provincias do sur, que acollen o maior número de estranxeiros, ceden, proporcionalmente, a primacía ás do norte en materia de autorizacións de traballo. O factor da nacionalidade portuguesa, xa indicado, é un indicio relevante que explica tal resultado. O caso de Lugo é especialmente notable: presenta o factor máis alto de autorizacións tramitadas en proporción co número de estranxeiros empadroados.

Por último, indícase que as autorizacións denegadas non responden a ningún patrón común que permita extraer conclusións. É de supoñer que as devanditas denegacións responden a casos concretos e non a grandes tendencias, como no caso das concesións.



CADRO 10. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.



CADRO 11. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

2. Autorización ordinaria ou tipo

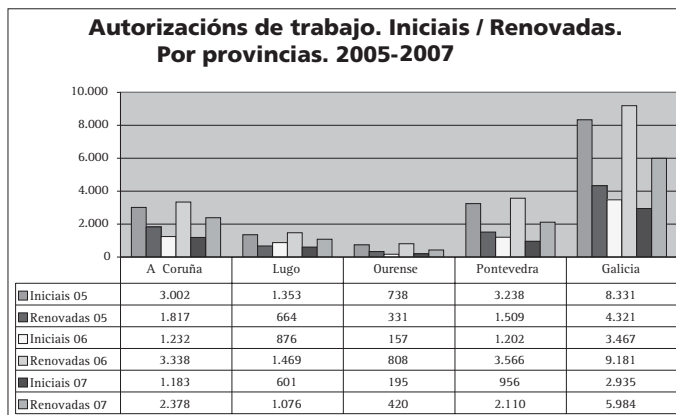
Enténdese por tal aquela que se concede cando non concorre ningunha circunstancia particular que obrigue a obter algunha das autorizacións específicas que reco-

lle o REX e ás que se fará referencia máis adiante. Nesta noción de autorización tipo incluímos a autorización de residencia temporal e traballo inicial, así como as súas posibles renovacións. Trátase dunha autorización cuxa vixencia pode quedar circunscrita a un determinado sector ou actividade ou a un determinado ámbito xeográfico. Outro trazo que a caracteriza é a súa temporalidade. Non se pode obter unha autorización de carácter permanente dende a entrada en España; a regulación da materia prevé que a incorporación dos estranxeiros ao mercado de traballo nacional se produza de xeito progresivo. A devandita incorporación está condicionada na súa concesión inicial á situación nacional de emprego e nas renovacións á tenza dun posto de traballo concreto de cara á obtención do estatuto de residente permanente, que habilita para residir e traballar nas mesmas condicións que aos españois, sen prexuízo de que a correspondente tarxeta deba renovarse cada cinco anos (art. 74 do REX). A autorización inicial de residencia temporal e traballo ten unha vixencia dun ano (art. 49.2 do REX), unha vez esgotado o cal poderá ser renovada por outros dous anos e, finalmente, por outros dous (art. 54.7 do REX), tras os que se alcanzaría xa o período de cinco anos que permitiría a obtención dunha autorización de residencia permanente.

A autorización agora examinada pode obterse a través de distintas fórmulas. En concreto, pode obterse no marco do procedemento "xeral" ou no marco de procedementos especiais, como o de continxente ou os extraordinarios de regularización, aos que se fará referencia máis adiante, no apartado VI deste mesmo capítulo.

Na medida en que son utilizadas con carácter xeral cando se prestan servizos en determinados buques, admiten a consideración de supostos particulares de autorización ordinaria o *enrole* dos traballadores estranxeiros inscritos no "registro especial de buques e empresas navieiras" e o *duplicado da notificación de embarque* ou a *renovación do contrato de tripulantes estranxeiros* en buques españois no marco dun acordo internacional de pesca marítima. Deles tratan o art. 20 da Lei 55/1999, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social e o parágrafo último do art. 50 do REX, que conceden validez de autorización para traballar aos citados documentos.

Dende un punto de vista estatístico e en relación con *Galicia*, se se observan os datos dispoñibles, constátase unha posición de partida moi elevada no ano 2005, que se debe, probablemente, á regularización de inmigrantes levada a cabo no devandito ano. Dende entón, o número de autorizacións iniciais está en claro descenso e pode prognosticarse que para o 2008, en liña co descenso xeral que se advirte en toda España, continuará a diminución. O punto de partida condiciona os datos dos anos seguintes; así, no ano 2006 constátase un poderoso crecemento das autorizacións renovadas, que se corresponderían coas tramitadas inicialmente no ano 2005. No ano 2007 descende o número, en proporción co descenso de autorizacións iniciais producido no ano 2006. É de prever que o ano 2008 rexistrará un elevado número de autorizacións renovadas, ao corresponder o trámite, de novo, aos que obtiveron a autorización inicial no 2005.



CADRO 12. Fonte: MTAS (*Anuario de estatísticas laborais, 2005-2007*). Elaboración propia.

3. Autorización para a realización de actividades de duración determinada

A autorización de residencia temporal e traballo por conta allea de duración determinada, desenvolvida no art. 55 do REX, vén definida polo tipo de actividade que se vai realizar, que, ademais, ha de corresponder, necesariamente, a un traballo por conta allea. Esta autorización permite levar a cabo, entre outras, actividades de montaxe de plantas industriais ou eléctricas, construción de infraestruturas, edificacións e redes de subministración eléctrica, de gas ou telefónico, ferrocarrís e instalación e mantemento de equipos produtivos, así como a súa posta en marcha e reparacións. A lista non é pechada e inclúe calquera outras que presenten características similares ás mencionadas.

Tamén constitúe condición particular desta autorización a súa duración, pois, a diferenza da regra xeral aplicable no caso da autorización tipo, segundo a cal a autorización inicial de residencia temporal e traballo se concede por un ano, aquí, a duración da actividade e a vixencia da autorización quedan de tal xeito vinculadas que esta coincide coa do contrato de traballo co límite máximo dun ano, aínda que "sen prexuízo das posibilidades de prórroga previstas na lexislación laboral" (art. 55.3 do REX), o que ten transcendencia respecto dos contratos formativos ou dos contratos formalizados no marco dalgúns relacións laborais de carácter especial cuxa prórroga está permitida pola devandita lexislación.

O campo de aplicación da autorización agora examinada inclúe tamén os supostos en que se pretenda a realización dun traballo de tempada ou campaña. En concreto, cando se vaian prestar servizos no campo, na hostalaría ou en calquera outro tipo de actividade onde as nocións de "tempada" ou "campaña" teñan transcendencia, circunstancia que non acompaña a toda clase de actividade de carácter temporal. Nestes casos, aínda que a autorización de residencia temporal e traballo por conta allea de duración determinada se atope igualmente vinculada á do contrato de traballo, ten o límite máximo de nove meses dentro dun período de referencia de doce meses consecutivos [art. 55. 2. a) do REX].

A autorización concédese para unha actividade e un ámbito xeográfico determinados, os cales, igual que a súa duración, haberá de indicar aquela (art. 57.6 do REX). Ademais, está sometida a unha serie de condicións conectadas coa protección do mercado laboral nacional. En primeiro lugar, como nas demais autorizacións especiais e na autorización tipo inicial, a súa concesión depende da situación nacional de emprego⁷⁵, de tal maneira que só se outorgará se as ofertas de emprego, ademais de axustarse ao tipo de actividade para o que se prevé a autorización, non puideron ser cubertas con traballadores nacionais, comunitarios ou estranxeiros residentes en España. Así mesmo, é preciso que aquel para o que se solicita resida fóra de España no momento da contratación e, en consonancia, imponse o deber de formalizar o contrato de traballo antes de que se produza a entrada no territorio nacional; a iso engádese a existencia dun compromiso de retorno ao país de orixe cando o estranxeiro conclúa a súa prestación de servizos.

Sempre en relación cos dous grupos de actividades identificados ata agora, xunto ás anteriores condicións existen outras que teñen como destinatario ao empregador ou ao traballador. Así, o empresario ha de facilitar a este un aloxamento axeitado que reúna as condicións previstas pola normativa vixente na materia [art. 56.1.a) do REX], ha de garantir a actividade continuada durante a vixencia da autorización [art. 50.b) do REX] e ha de organizar as viaxes de chegada a España, así como a de regreso ao país de orixe asumindo, como mínimo, o custo da primeira e os do traslado de ida e volta entre o posto de entrada en España e o lugar de aloxamento [art. 56.1.b) do REX].

Polo que respecta ao compromiso de retorno ao país de orixe unha vez finalizada a campaña ou a obra, a verificación do seu cumprimento lévase a cabo a través da misión diplomática ou a oficina consular que expedira o visado de entrada, onde ha de presentarse o traballador no prazo dun mes contado dende o termo da vixencia da autorización; no caso contrario, xorde unha causa de denegación das autorizacións de traballo solicitadas polo incumpridor durante os tres anos seguintes ao referido termo. O cumprimento do compromiso de retorno durante catro anos naturais comporta que deixe de terse en conta a "situación nacional de emprego" aos efectos da obtención dunha nova autorización (art. 40. 1 da LOEX).

Segundo se apuntou, a autorización á que se vén facendo referencia é tamén a que procede cando se pretende desenvolver unha actividade para a formación ou se van realizar prácticas profesionais. En tal caso, é preciso, ademais da observancia dos requisitos xerais para a obtención dunha autorización inicial de residencia temporal e traballo (art. 50 do REX) e do compromiso de retorno, que a realización da actividade laboral teña lugar baixo a modalidade contractual prevista ao efecto pola normativa laboral; isto é, en virtude dun contrato para a formación ou dun contrato de traballo en prácticas [art. 56.3.a) do REX].

Por último, figura suxeita igualmente a esta autorización a realización de actividades de duración determinada por parte do persoal de alta dirección, os deportistas profesionais, os artistas en espectáculos públicos ou outros grupos de traballadores cuxa

75. Cfr. art. 56.1.d) do REX

determinación aínda está pendente [art. 55.2.c) do REX]. Nestes casos, ademais da observancia dos requisitos mencionados no art. do 50 do REX, o art. 56.2 de igual regulamento impón que o estranxeiro estea en posesión das licenzas administrativas que poidan esixirse para o desenvolvemento da actividade profesional, así como o seu compromiso de retorno.

Non foi posible atopar datos que reflectan a incidencia deste tipo de autorizacións sobre o mercado de traballo español ou galego.

4. Autorización de traballo por conta propia ou allea para traballadores transfronteirizos

A proximidade xeográfica con Portugal e o considerable fluxo de man de obra que atravesa a fronteira en ambos os dous sentidos fai necesario dedicar unha análise específica a este tipo de autorización de traballo, cuxa especialidade deriva dos lugares de residencia e de prestación de servizos e esténdese, como sucede coas demais autorizacións cualificables tamén de especiais, a aspectos procedimentais.

Prevista no art. 43.1 da LOEX e desenvolvida no art. 84 do REX, habilita aos traballadores estranxeiros nacionais de terceiros Estados que residan nunha zona fronteiriza para desenvolver a súa actividade lucrativa en España, sexa por conta propia ou allea, debendo regresar aqueles diariamente ao seu lugar de residencia. Os "requisitos e condicións" para a súa obtención remítense, polo art. 43.1 da LOEX, a aqueles "con que se conceden as autorizacións do réxime xeral" o que concreta o art. 84.2 do REX ordenando que "na súa concesión inicial e sucesivas renovacións se estará ao disposto nos artigos que establecen as condicións para a concesión da autorización de traballo [por conta allea ou por conta propia] que proceda e a súa renovación".

O apuntado concepto de traballador transfronteirizo difire do de traballador transfronteirizo suxeito a réxime comunitario. De acordo con este último, é tal quen traballe en España e manteña a súa residencia nalgún dos Estados da Unión Europea ou asimilados, a onde regresa cada día ou, polo menos, unha vez por semana (art. 6 do derogado Real Decreto 178/2003, do 14 de febreiro). En cambio, o concepto de traballador fronteirizo "extracomunitario" é un pouco máis restrinxido, pois require: 1) a residencia nun terceiro Estado que, á súa vez, sexa limítrofe con aquel no que se desenvolva a actividade; e 2) o regreso diario ao lugar de residencia, que haberá de estar situado na zona fronteiriza dun Estado limítrofe ao territorio español (art. 84.1 do REX)⁷⁶.

Sobre o elemento xeográfico que caracteriza a condición de traballador transfronteirizo ofrecéronse diversas interpretacións. Nunha interpretación estrita do art. 84.1 do REX, tense limitado esa condición a quen resida exclusivamente na zona fronteiriza, a cal foi definida como aquela que se estende a ambos os dous lados da fronteira común e adoita ter unha amplitude de dez ou vinte quilómetros, dependendo do acordado polos Estados implicados. A extensión desta zona virá determinada polos convenios bilaterais que tracen as fronteiras entre os diferentes Estados. En concreto, no

76. Véxase A. CEINOS SUÁREZ: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley (Madrid, 2006), páx. 217.

Acordo entre España e Francia, de 1961, a zona comentada ten unha extensión de dez quilómetros a un lado e a outro da fronteira⁷⁷. No Acordo administrativo entre España e Portugal sobre o réxime de seguridade social, figura unha zona fronteiriza de vinte quilómetros⁷⁸. No Convenio sobre aplicación da seguridade social aos traballadores españois e andorranos, do 14 de abril de 1978⁷⁹, considéranse zona fronteiriza os municipios comprendidos no partido xudicial de Seo de Urgel, da provincia de Lleida, así como a totalidade do territorio do Principado de Andorra⁸⁰.

De acordo cunha interpretación máis ampla, é traballador transfronteirizo todo o que resida nun país e traballe noutro co que o primeiro comparta fronteira. Segundo esta interpretación, é indiferente que a área de residencia e de traballo supere o territorio propio da zona fronteiriza, sempre e cando ao traballador lle resulte factible regresar diariamente ao Estado onde teña fixada a súa residencia. Pois ben, tal interpretación parece moito máis acorde ás posibilidades que ofrecen os actuais medios de transporte e desprazamento, que permiten a viaxe de ida e volta dende o lugar de residencia ata o lugar de traballo aínda que ambos os dous se atopen fóra da zona fronteiriza fixada nos Tratados internacionais. Reparando niso, a maior parte da doutrina inclínase por esta segunda interpretación⁸¹, que conduce a que quede suxeito á obtención deste tipo de autorización e non á de calquera outra das existentes o traballo en España por parte dun traballador extracomunitario que retorna diariamente ao Estado fronteirizo no que ten o seu lugar de residencia⁸², que será, por razóns xeográficas, Portugal, Francia, Andorra ou Marrocos ou, finalmente, aínda sen ter a condición de Estado, Xibraltar.

A autorización está pensada para quen non sexa nacional dun Estado membro da Unión Europea ou asimilado, con independencia do Estado no que resida. Tal circunstancia non debería verse enturbada polo feito de que España comparta fronteira con outros dous países pertencentes á Unión Europea. Debe evitarse a tentación de restrinxir a cualificación de transfronteirizos aos nacionais de Marrocos e Andorra que traballen en España e regresen diariamente aos seus respectivos Estados. Con carácter xeral, calquera "extracomunitario" con residencia en Francia ou en Portugal pode pedir e obter a autorización de traballador transfronteirizo para realizar diariamente a súa actividade en España, sempre que regrese, tamén cada día, ao lugar onde teña aquela.

En comparación coas da autorización xeral ou tipo, non son moitas as peculiaridades da tramitación desta autorización. A súa concesión obriga a tomar en consideración a situación nacional de emprego, de acordo co disposto no art. 50.a) do REX e, en consecuencia, a constatar previamente a inexistencia de man de obra nacional, comunitaria, ou estranxeira residente capacitada para ocupar o posto de traballo ofertado; o

77. BOE núm.69, do 21 de marzo de 1962.

78. BOE núm. 212, do 4 de setembro de 1971.

79. BOE núm. 172, do 20 de xullo de 1978.

80. Repárese na transcendencia que, para os efectos da virtualidade da autorización, posúe que se considere zona fronteiriza todo o territorio do Principado de Andorra.

81. Entre outros, véxase A. CEINOS SUÁREZ, ob.cit., pág.217; B. FERNÁNDEZ COLLADOS: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum (Murcia, 2007), pág. 305.

82. Cfr. N. MARCHAL ESCALONA: "Trabajadores transfronterizos", en AAVV. (M. Moya Escudero, coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería* (L.O 4/2000 e L.O 8/2000), Comares, (Granada, 2001), pag. 340.

requisito non é aplicable á renovación da autorización [art. 40.c) da LOEX]⁸³.

Para acreditar a súa condición, o estranxeiro deberá de solicitar e obter a tarxeta de traballador transfronteirizo, dotada das características que fixe o Ministerio do Interior, logo de informe de Comisión interministerial de Estranxeiría (art. 106 de REX). A devandita tarxeta permitiralle a entrada e saída do territorio español para realizar diariamente a súa actividade laboral nel e regresar ao Estado no que teña fixada a súa residencia. Os trámites para a súa solicitude son os dispostos, con carácter xeral, para a obtención da tarxeta de identificación do estranxeiro (art. 105 do REX).

En canto á duración da autorización, é moito máis ampla que a da autorización ordinaria ou tipo e pode chegar inicialmente aos cinco anos. O art. 84.1 do REX manifesta que esta é a duración "máxima", polo que podería outorgarse por un período inferior mesmo dun ano coincidente co da autorización ordinaria. A renovación é posible sempre que no momento de finalizar a súa duración o titular siga en activo e as condicións da súa residencia sigan sendo as xa coñecidas. Non se fixa un número máximo de renovacións. O art. 84.2 do REX refírese ás "sucesivas renovacións", debendo interpretarse, á vista do art. 84.5 do REX, que estas proceden en tanto "subsistan as circunstancias que motivaron a súa concesión". En calquera caso, o emprego da expresión "se renovará", empregada no precepto ao que acaba de facerse referencia, non parece deixar a decisión á consideración discrecional da autoridade competente; máis ben parece que incorpora unha orde clara de renovación cando concorran as aludidas circunstancias indicadas. Do art. 84.6 do REX despréndese, a *sensu contrario*, que as autorizacións non se denegarán mentres subsista a condición de traballador transfronteirizo; isto é, mentres o titular da autorización: 1) continúe en activo; 2) manteña o seu lugar de residencia nun Estado fronteirizo co territorio Español; e 3) acuda diariamente ao seu posto de traballo en territorio español e regrese, tamén diariamente, ao seu domicilio.

O feito de ser titular desta modalidade de autorización non xera o dereito a obter unha autorización de traballo por conta propia ou allea, inicial ou renovada, sen prexuízo de que poida ser tomada en consideración á hora de valorar as solicitudes que puidesen presentarse (art. 84.3 do REX).

A autorización extinguirase pola concorrencia dalgunha das seguintes causas xerais previstas no art. 75 do REX:

- 1) Polo transcurso do prazo para o que se solicitase. Recórdese que esta autorización pode solicitarse e se conceder para un prazo máximo de cinco anos, se ben nada impide que se solicite por un período inferior.
- 2) Por renuncia, expresa ou tácita, de titular. Por renuncia tácita entenderase, segundo o art. 75.1.b) do REX, a incomparecencia inxustificada na oficina de estranxeiros ou na comisaría de policía que seguise o expediente, no prazo de tres

83. Repárese en que a referencia á situación nacional de emprego xa non se require para outra autorización especial, como é a de residencia e traballo no marco das prestacións de servizos transnacionais, ao ser eliminado este requisito polo artigo 66 REX.

meses dende que se lle requirira a súa comparecencia, "co fin de tramitar ou facerse entrega da tarxeta" de traballador transfronteirizo. Non se indican, en cambio, os requisitos formais ou prazos da renuncia expresa. Considerando a posición desigual que a parte traballadora ocupa na relación laboral e que puidese chegar a intensificarse no caso concreto dos traballadores estranxeiros que desenvolven a súa actividade en España, fora desexable que o REX ofrecese unha mínima regulación dos referidos aspectos.

- 3) Pola concorrencia dalgún dos supostos de prohibición de entrada previstos no art. 10 REX⁸⁴.

Non existen datos que permitan avaliar a presenza real deste tipo de autorizacións no mercado de traballo de Galicia.

5. Autorización de residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos

A) Para comezar

Trátase dunha autorización cualificable de "especial" considerada no art. 43.2 da LOEX e regulada nos arts. 63 e seguintes do REX. A predicada especialidade deriva da particular situación na que vai ter lugar o traballo a realizar polo estranxeiro. Este, traballador dunha empresa establecida noutro Estado, é desprazado a España para prestar aquel dentro dunha operación empresarial ou un servizo a favor de empresa ou persoa establecida ou que exerce a súa actividade no noso país. Ademais, esa operación ou ese servizo e, polo tanto, o desprazamento e o traballo que comporta, prodúcense por un período limitado de tempo. Tal conxunto de circunstancias permite comprender a decisión de someter a autorización de traballo (e *permanencia* en territorio español) a condicións e regras de procedemento propias, que xustifican a atribución da indicada cualificación.

O máis rechamante da forma en que se regula a autorización é, sen dúbida, o moi escaso papel que asume a LOEX, que se circunscribe, simplemente, á mera previsión da figura e deixa unha gran marxe de actuación ao regulamento para establecer as súas "condicións" (réxime xurídico). A devandita marxe, aínda que non é ilimitada, resulta excesiva, sen dúbida, para un campo tan importante como o das autorizacións de residencia e traballo, no que o protagonismo da lei é unha garantía. O papel que a LOEX atribúe ao regulamento na materia obxecto

84. Segundo o precepto, determina a devandita prohibición a situación do estranxeiro que fora previamente expulsado de España ou sobre o que recaera unha medida de devolución, cando se atope en territorio español dentro do prazo de prohibición de entrada; figure reclamado por causa criminal derivada de delitos comúns graves, polas autoridades xudiciais ou policiais doutros países, sempre e cando os feitos polos que figure reclamado constitúan delito en España; fora obxecto de prohibición expresa de entrada, en virtude de resolución do Ministerio do Interior, polas súas actividades contrarias aos intereses españois, aos dereitos humanos, ou polas súas notorias conexións con organizacións delituosas, nacionais ou internacionais, ou outras razóns xudiciais ou administrativas que xustifiquen a adopción desta medida, sen prexuízo da súa detención, nos casos que proceda; ou teña prohibida a entrada en virtude de convenios internacionais dos que España sexa parte, salvo que se considere necesario establecer unha excepción por motivos humanitarios ou de interese xeral.

deste estudo, definido no art. 43.2 daquela, realízase nuns termos que permiten dubidar se o lexislador realiza unha *delegación* ou unha verdadeira *deslegalización* que comprendería a posibilidade de regular a autorización especial introducindo entre as súas condicións algunhas distintas das contidas na lei que deslegaliza; non noutras.

Haxa unha delegación ou unha deslegalización, a regulación regulamentaria das condicións da autorización terá lugar, segundo precisa o propio art. 43.2, "de acordo coa normativa vixente". Dende logo, a remisión ou chamada non é á LOEX⁸⁵, senón a outros textos legais, cuxo eventual xogo limitativo do contido da referida regulación regulamentaria recorda aquel precepto. Así as cousas, a deslegalización por cuxa apreciación me inclino, a pesar da súa gran amplitude, non é, como adiantei, incondicionada; a precisión da LOEX, de que as condicións regulamentarias da autorización estableceranse "de acordo coa normativa vixente", en absoluto resulta inocua. Os aludidos textos legais, son, por hoxe, a LDT e a LETT (capítulo VI); pois ben, o art. 43.2 da LOEX elimina calquera posibilidade de desaxuste entre eles e a coñecida regulación regulamentaria. O propósito da LOEX é que o campo da devandita regulación regulamentaria (entrada, permanencia e traballo en España) e o do grupo normativo que constitúen a LDT e a LETT (protección do traballador desprazado) se complementen sen friccións e dende a supremacía do que en materia de desprazamentos transnacionais dispoñen estes dous textos legais. A regulación regulamentaria das autorizacións para a realización dun traballo no marco dunha actividade empresarial transnacional non pode levar consigo, so pena de nulidade dos correspondentes preceptos do regulamento, a inclusión de condicións ou regras distintas das que figuran na LDT e no capítulo VI da LETT ("actividade transnacional das empresas de traballo temporal"). Así mesmo, hai que descartar calquera posible interpretación dos preceptos regulamentarios que entre en contradición cos citados textos legais. Debe acollerse sempre a interpretación que se acomode a eles.

En fin, aínda que a sección 4ª do REX, que comprende os artigos que tratan da autorización estudada, leva a rúbrica de "residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos", o seu contido vai máis alá do que corresponde á devandita rúbrica, pois tamén inclúe a regulación das "excepcións á autorización de traballo" (art. 68), o procedemento a seguir en orde ao seu recoñecemento (art. 69) e o visado a expedir cando se produza este (art. 70). Nin que dicir ten que a inclusión de tales extremos é, por non responder a un sistema aceptable, incorrecta. A súa regulación, que é desenvolvemento do art. 41 da LOEX, afecta a calquera autorizacións de traballo consideradas no capítulo II do título IV do REX; neste sentido, debería ser obxecto dunha sección propia e distinta ou, acaso, figurar a continuación do art. 48, antes da sección 1ª, dedicada ao tratamento da "residencia temporal e traballo por conta allea".

B) Delimitación do suposto de feito obxecto da autorización de residencia e traballo contemplada

85. Non se indica que a regulación regulamentaria se estableza tamén "de acordo coa presente lei".

Varios elementos específicos definen o expresado suposto de feito, todos eles presentes, con maior ou menor precisión, no art. 63 do REX. Os aludidos elementos, de esixencia acumulativa, fan referencia ao carácter temporal do desprazamento; á preexistencia dunha relación laboral entre unha empresa establecida noutro Estado e o traballador que vai resultar afectado polo desprazamento; á nacionalidade do devandito traballador; ao Estado no que figure establecida aquela empresa e á conexión con España, por razóns do seu establecemento ou do exercicio da súa actividade, do destinatario da prestación do servizo transnacional contratado e, por último, aos motivos ou actividades empresariais transnacionais cubertos co desprazamento. O cabal significado dalgúns deles require a toma en consideración da LDT e da LETT, así como do Real Decreto 240/2007, do 16 de febreiro, de entrada, libre circulación e residencia en España de cidadáns dos Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo. Así mesmo, precisa ter en conta a Directiva 96/71/CE, de 16 de decembro, sobre desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos, e algunhas das sentenzas do TJCE que tratan de aspectos relacionados co seu alcance ou consecuencias para os ordenamentos nacionais.

Xunto aos expresados elementos específicos figura outro establecido con carácter xeral no art. 41 da LOEX e desenvolvido no art. 68 do REX: que a situación non estea acompañada do recoñecemento dunha exención de autorización de traballo.

a) A temporalidade do desprazamento

A esixencia deste presuposto queda posta de relevo ao longo do REX e, en concreto, na propia rúbrica da sección 4ª do capítulo II do seu título IV e nos artigos 63 e 64, onde se sinala que o contemplado é unha autorización de "residencia *temporal* e traballo no marco de prestacións trasnacionais de servizos", que en todos os supostos en que se precisa tal autorización concorre un "desprazamento *temporal*", que é condición a valorar para os efectos da concesión da devandita autorización o que se garantan aos "desprazados *temporalmente*" as condicións de traballo resultantes da LDT ou, en fin, que a duración da autorización "coincidirá co tempo do desprazamento do traballador co *límite dun ano, prorrogable polo mesmo período se se acreditan idénticas condicións*".

A temporalidade examinada opera nun dobre plano. En primeiro lugar, é condición necesaria para que o traballo a realizar en virtude do desprazamento quede suxeito á especial autorización de residencia e traballo que se comenta. En segundo lugar, fora xa das cuestións que concirnen á residencia e ao traballo do estranxeiro, a maior ou menor amplitude do tempo do desprazamento inflúe sobre as condicións de traballo previstas na lexislación laboral española que deben garantirse ao traballador desprazado. Así resulta da LDT, a teor da cal "as condicións de traballo establecidas na lexislación española relativas ás vacacións anuais retribuídas e á contía do salario non

serán de aplicación nos desprazamentos definidos nas letras a) e b) do artigo 2.1.1.^o cuxa duración non exceda de oito días”⁸⁶.

Como verase máis adiante [apartado 5.D).b)], aínda que a actividade que o motive dure máis, o desprazamento non poderá exceder dun ano ou, se media prórroga, dous anos, tempo máximo polo que cabe conceder a autorización de traballo (art. 64.3 do REX). Dende logo, dita autorización é necesaria calquera que sexa a duración mínima do desprazamento planeado. Outra cousa é que cando este non vaia superar os noventa días, a permanencia -non o traballo- en España a que dea lugar merecerá, en rigor, o tratamento propio, non da situación de residencia⁸⁷ senón da de estanza⁸⁸, de maneira que, se se quere, o correcto sería facer referencia á necesidade dunha autorización de “estanza” e de traballo. Ha de distinguirse, polo tanto, entre a situación na que encaixa a permanencia do estranxeiro en España (estanza, residencia temporal, residencia permanente) e o traballo. Que se fale, por razón da duración da permanencia en España, de estanza en lugar de residencia non afecta á necesidade de contar coa oportuna autorización de traballo, como confirman os arts. 36.1 e 41 da LOEX e o art. 68 do REX. As expresións “residencia temporal” e “autorización de residencia” que aparecen nos arts. 63, 64, 65, 66 e 67 do REX e no título da sección 4.^a da que forman parte non deben tomarse de forma literal e exclúinte da posibilidade de desprazamentos transnacionais que non superen os noventa días; tampouco poden tomarse no sentido de que o traballo a prestar en virtude dun desprazamento de tales características, no que a permanencia en España non é cualificable, tecnicamente e conforme a esa interpretación literal, de “residencia temporal”, precise, todo o máis, un visado de estanza. Nin a LOEX nin o REX autorizan a considerar que tal visado leve consigo, per se, a posibilidade de realizar unha actividade lucrativa, laboral ou profesional, por conta allea ou propia⁸⁹; tampouco o leva consigo o simple “visado de residencia”⁹⁰. Salvo que medie algunha das excepcións previstas no 41 da LOEX e desenvolvidas no art. 68 do REX, o exercicio de “calquera actividade lucrativa, laboral ou profesional” precisa, segundo recorda o art. 36.1 da LOEX, “autorización ad-

86. As mencionadas letras a) e b) refírense, respectivamente, aos desprazamentos transnacionais producidos no ámbito de contratas e subcontratas, amplamente entendidas, e aos que cabe denominar desprazamentos transnacionais interempresariais ou intragrupais. Sobre a extensión ordinaria e especial das condicións de traballo garantidas aos traballadores desprazados a España (a todos), véxase J. GÁRATE CASTRO: “Regulación española e portuguesa dos desprazamentos temporais de traballadores a outro Estado. A súa comparación co réxime disposto pola Directiva 96/71/CE”, no volume *Aspectos xurídicos das relacións laborais na eurrrexión Galicia-Norte de Portugal*, Consello Galego de Relacións Laborais (Santiago de Compostela, 2006), páxs. 124 e seguintes.

87. Sobre o seu concepto, véxanse art. 31.1 da LOEX e art. 34 do REX.

88. Sobre o seu concepto, véxanse art. 30.1 da LOEX e art. 25.1 do REX.

89. De acordo co art. 25 bis da LOEX, o referido visado “habilita para unha estanza ininterrompida ou estanzas sucesivas por un período ou suma de períodos a duración total dos cales non exceda de tres meses por semestre a partir da data da primeira entrada”. Cfr. art. 26 do REX.

90. “Que habilita para residir sen exercer actividade laboral ou profesional”; art. 25 bis da LOEX. Cfr. art. 35.1 do REX.

ministrativa previa para traballar”. E punto⁹¹.

Sen dúbida, deberíase brindar unha solución moito máis áxil que a dos arts. 63 e seguintes do REX para realizar desprazamentos de breve duración correspondentes á execución de traballos técnicos ou de elevada cualificación por especialistas estranxeiros dedicados con habitualidade a eles e con residencia estable e regular no Estado da empresa que os despraza. A falta desa solución, témome que un bo número das asistencias ou servizos que realizan tales especialistas en España se levan a cabo sen autorización de traballo, tras entrar estes, se acaso, con visado e contando coa cobertura propia da situación de “estanza”.

- b) Preexistencia dunha relación laboral entre o traballador desprazado e a empresa á que pertence

Refírense a iso o parágrafo primeiro do art. 63 e o art. 64.1.b) do REX, que dispoñen que a situación de residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos que require da autorización específica regulada nos artigos seguintes é predicable respecto do “traballador estranxeiro que dependa, mediante expresa *relación laboral*” (art. 63), de empresa establecida noutro Estado ao servizo do cal leve, polo menos, nove meses [art. 64.1.b)]. Ademais, aparece tamén no art. 65.b).6º de igual texto regulamentario, en virtude do cal a solicitude daquela autorización, a presentar pola devandita empresa, deberá figurar acompañada do “*contrato de traballo*” concertado entre ela e o traballador estranxeiro que vai ser desprazado. Semellante imposición da acreditación do contrato serve para garantir e verificar a súa preexistencia e, polo tanto, a da relación á que dá lugar. Polo demais, o conxunto de preceptos ao que se acaba de facer referencia mostra ben claro que a autorización de traballo a obter é para traballar por conta allea.

O presuposto non está exento dalgún problema, como o de determinar a lexislación conforme á cal debe apreciarse se é ou non de natureza laboral a relación preexistente entre a empresa que pretende desprazar e o estranxeiro a desprazar. O problema xorde cando este, aínda que teña a condición de traballador suxeito a tal tipo de relación de acordo coa lexislación do Estado onde figure establecida a empresa que pretende realizar o desprazamento, careza dela segundo a lexislación española; ou viceversa. Ao meu xuízo, a solución require atender á cualificación que resulte de acordo coa lei que rexa a celebración do contrato. En calquera caso, a cuestión é o suficientemente importante como para merecer a previsión legal expresa da que carece na actualidade.

De acordo coa regra xeral do art. 36.1 da LOEX, recordada polo art. 48 do REX, a relación laboral preexistente debe corresponder a un traballador maior

91. Como conclúe, atinadamente, ALONSO OLEA (“Ayer y hoy de las leyes de extranjería y de emigración”, en *Debate sobre la inmigración*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, año LIII, núm. 78, Madrid, 2001, páx. 431), “a estancia non é bastante para traballar sen permiso de traballo”

de 16 anos. Por debaixo desa idade non existe posibilidade de autorización de traballo nin, polo tanto, de desprazamento.

- c) A relevancia da nacionalidade do traballador estranxeiro a desprazar e do Estado onde estea establecida a empresa que pretende realizar o desprazamento

Vaia por diante que a obtención da autorización de residencia e traballo de que se trata se impón cando o traballador a desprazar resulta ser estranxeiro. A precisión que ao respecto realiza o parágrafo primeiro do art. 63 do REX non é irrelevante ou inútil. O desprazamento dun traballador español residente noutro Estado, calquera que sexa, non precisa ningún tipo de autorización para traballar (nin de residencia, por suposto)⁹².

Non todos os desprazamentos dun traballador estranxeiro ou non nacional a España quedan sometidos ao mesmo réxime de entrada, permanencia e realización dun traballo. O devandito réxime é distinto segundo a nacionalidade do traballador a desprazar e o Estado no que teña o seu establecemento a empresa á que figura vinculado laboralmente. Outra cousa é que ningunha das dúas circunstancias inflúa na específica protección laboral de que será acredor aquel traballador como consecuencia das normas españolas de transposición da Directiva 96/71/CE, do 16 de decembro. Pono de relevo, de forma expresa, a LDT, ao aclarar, por unha parte, que o traballador desprazado, obxecto da protección, terá tal condición "calquera que sexa a súa nacionalidade" (art. 2.1.2º), e ordenar, por outra, que o seu contido, comprensivo da expresada protección, se aplique tamén aos desprazamentos que afecten a traballadores contratados por empresas non establecidas en Estados membros da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo cando "poidan prestar servizos en España" en virtude dos "convenios internacionais que sexan de aplicación"⁹³.

En suma, a protección específica dos traballadores desprazados e as condicións baixo as cales será posible que o traballador estranxeiro a desprazar poida entrar, permanecer e baixo as cales realizar un traballo en España non se interfíren ou entran en conflito. Así advírteo, eliminando as posibles dúbidas que puidesen existir, a Directiva 96/71/CE, no "considerando" 20 da súa exposición de motivos, cando manifesta que o seu contido "non irá (...) en prexuízo das leis nacionais relativas ás condicións para a entrada, a residencia e o acceso ao emprego de traballadores nacionais de países terceiros" (non pertencentes á Unión Europea nin asimilados aos que pertencen, sobreenténdese). Coa anterior precisión garda correspondencia, no caso da normativa española de transposición, a disposición adicional quinta da LDT ("non afectación da lexislación de estranxeiría"), segundo a cal "o disposto na presente lei enténdese sen prexuízo do cumprimento da normativa sobre entrada, permanencia, traballo e establecemento dos estranxeiros en España".

92. Cfr. art. 1.1 da LOEX

93. Previamente, o art. 1.2, dispón que "esta lei será de aplicación ás empresas establecidas nun Estado membro da Unión Europea ou nun Estado signatario do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo que despracen temporalmente aos seus traballadores a España" no marco dunha prestación de servizos transnacional".

A mesma regra aparece no art. 22.2 da LETT, en relación coas obrigas das empresas de traballo temporal da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo que despracen temporalmente aos seus traballadores para poñelos á disposición de empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade en España.

Unha vez claro o anterior, queda só por determinar a normativa sobre estranxeiros á que se refiren os anteriores preceptos de LDT e de LETT, que, como se adiantou, require atender a dúas circunstancias xa coñecidas. A operación permitirá saber, finalmente, que traballadores estranxeiros precisan contar coa autorización de residencia e traballo que regulan os arts. 63 e seguintes do REX. Pois ben, a combinación daquelas dúas circunstancias permite distinguir, para os efectos da aludida operación, tres posibles situacións; só nunha delas resulta irrelevante o dato do Estado onde teña o seu establecemento a empresa do traballador a desprazar. Tales situacións son as seguintes:

- 1) A dos traballadores *comunitarios ou asimilados* a eles, correspondendo esta última cualificación aos nacionais dos Estados signatarios do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, de Suíza e de aqueles outros Estados cos que a Comunidade e os seus Estados membros celebrasen un acordo que impoña a referida asimilación⁹⁴.
- 2) A dos traballadores *extracomunitarios*, sen máis (se se prefire, os non susceptibles de asimilación aos comunitarios), cuxa empresa figure establecida nun Estado pertencente á Unión Europea ou ao Espazo Económico Europeo.
- 3) A dos traballadores *extracomunitarios*, sen máis, cuxa empresa figure establecida nun Estado que non pertence á Unión Europea nin ao Espazo Económico Europeo.

No primeiro caso, calquera que sexa o Estado no que figure establecida a empresa do traballador a desprazar, observaranse as prescricións do Real Decreto 240/2007, do 16 de febreiro, de entrada, libre circulación e residencia en España de cidadáns dos Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo⁹⁵. Polo tanto, a entrada, saída, circulación, estancia e residencia en territorio español daqueles é libre e só se atopa sometida ás escasas formalidades que dispón o pro-

94. Sobre este tipo de acordo véxase Á. CEINOS SUÁREZ, op. cit., páxs. 92 e

95. A inclusión dos cidadáns suízos no ámbito de aplicación deste Real Decreto establécese na súa disposición adicional terceira.1: "En virtude do Acordo entre a Comunidade Europea e a Confederación Suíza sobre libre circulación de persoas, asinado en Luxemburgo o 21 de xuño de 1999, aos cidadáns suízos e aos membros das súas familias éelles de aplicación o previsto no presente Real Decreto". Segundo o apartado 2 de igual disposición adicional, a referida aplicación tamén se estende aos cidadáns de Estados que non son membros da Unión Europea nin parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, así como aos membros da súa familia, cando iso sexa conforme ao establecido nos acordos celebrados entre os aludidos Estados, por unha parte, e a Comunidade e os seus Estados membros, por outra.

pío Real Decreto⁹⁶, así como a que non concorran razóns de orde pública, seguridade pública ou saúde públicas que, de acordo co capítulo VI deste, permitan impedir a entrada en España, denegar a inscrición no rexistro central de estranxeiros (se se tratase dunha residencia superior a tres meses; art. 7.1) ou ordenar a expulsión. Polo que respecta ao traballo, recoñécese que terán dereito a realizalo "nas mesmas condicións que os españois" (art. 3.2).

Nos outros dous casos, o factor decisivo pasa a ser o do Estado do establecemento da empresa a cuxo cadro de persoal pertence o traballador extracomunitario ao que se pretende desprazar. Se ese Estado non pertence á Unión Europea nin ao Espazo Económico Europeo, a normativa a ter en conta será a constituída pola LOEX e o REX. Estarase entón, precisamente, ante o suposto para o que se establece a necesidade de solicitar e obter a autorización de traballo (e residencia) que regulan os arts. 63 e seguintes do REX, sempre, claro está, que concorra o resto dos presupostos (temporalidade do desprazamento a realizar, condición de traballador dependente do afectado, actividade empresarial transnacional a cuxa prestación vai contribuír este co seu traballo e conexión con España do destinatario da devandita actividade) que aparecen no propio art. 63.

Se, pola contra, a empresa está establecida nun Estado pertencente á Unión Europea ou ao Espazo Económico Europeo, cabe postular, a falta de regras expresas que se ocupen da cuestión, que a situación é equiparable á dos traballadores comunitarios ou asimilados desprazados, aínda que partindo de que o traballador entraría, residiría e traballará para a empresa que lle vai desprazar con suxeición á lexislación sobre estranxeiría do Estado membro onde teña o seu establecemento a devandita empresa⁹⁷. Que o REX se limite a dispoñer un réxime especial para os traballadores *extracomunitarios* desprazados temporalmente e pertencentes a empresas establecidas en Estados que non sexan membros da Unión Europea non implica que a situación agora contemplada -traballador comunitario desprazado temporalmente por empresa comunitaria- se atope sometida ao máis gravoso e complexo réxime xeral ou común de autorizacións de residencia e de traballo por conta allea. Se así fose, as empresas dos Estados membros recibirían un trato menos favorable que o dispensado ás establecidas en Estados que non o son; noutros termos, a medida podería considerarse constitutiva dunha restrición non proporcionada da libre prestación de servizos que garante o Dereito comunitario. Aparece entón que a interpretación acomodada a este e, polo tanto, a que debe seguirse, é a xa anticipada, consistente en entender que o Dereito español quere, ao non tratar de forma específica os desprazamentos de traballadores extracomunitarios realizados por empresas comunitarias, que a si-

96. En concreto, para a entrada só se precisará pasaporte ou documento de identidade válido e en vigor no que conste a nacionalidade de titular (art. 4.1). A posesión dun ou outro vale tamén para a permanencia inferior a tres meses" calquera que sexa a súa finalidade" (art. 6.1); para a residencia superior a tres meses e a residencia permanente só se require un "certificado de rexistro" a solicitar ante a oficina de estranxeiros da provincia na que se pretenda permanecer ou se teña a residencia ou, no seu defecto, ante a comisaría de policía correspondente (arts. 3.3, 7.1 y 10.1).

97. Tal sería a suxeición que contempla o "considerando" 20 da Directiva 96/71/CE.

tuación de traballadores se equipare á dos comunitarios e asimilados⁹⁸.

Coa expresada falta de tratamento e indirecta equiparación dos mencionados traballadores aos traballadores comunitarios en canto ás condicións de entrada, permanencia e realización do seu traballo, o Dereito español evita calquera conflito co Dereito comunitario. Rexeita establecer para os primeiros condicións particulares ou especiais de entrada, permanencia e posibilidade de traballar, cuxa adopción, polo demais, presentaría graves problemas de compatibilidade coa libre prestación de servizos que rexe no seo da Unión Europea, pois é moi difícil que aquelas garden a necesaria proporcionalidade coa restrición que supoñen para a devandita liberdade fundamental ou, se se prefire, que resulten menos restritivas e igualmente ou máis eficaces que outras medidas que puidesen adoptarse para satisfacer o interese de previr e evitar os abusos a que puidese dar lugar o desprazamento realizado baixo a cobertura do exercicio da libre prestación de servizos. Este obxectivo, lexítimo, non consente a súa consecución a través de calquera medidas, abstracción feita das circunstancias concorrentes, como tivo oportunidade de sinalar o TJCE, nas súas sentenzas do 9 de agosto de 1994 (asunto C-43/93, *Vander Elst*), 21 de outubro de 2004 (asunto C-445/03; Comisión contra Luxemburgo), 19 de xaneiro de 2006 (asunto C-244/04; Comisión contra a República Federal de Alemaña) e 21 de setembro de igual ano (asunto C-168/04; Comisión contra a República de Austria), todas poñendo de relevo a expresada gran dificultade de compatibilidade entre as esixencias da libre prestación de servizos e as aludidas condicións particulares de entrada, permanencia e posibilidade de traballar.

Xa na primeira das sentenzas mencionadas (*Vander Elst*) o Tribunal sinalou, no seu fallo, que os artigos 59 e 60 do TCE (hoxe serían os 49 e 50 e, no futuro, os 56 e 57 do Tratado de funcionamento da Unión Europea) "deben interpretarse no sentido de que se opoñen a que un Estado membro obrigue ás empresas que, establecidas noutro Estado membro, presten servizos no seu territorio empregando de *modo regular e habitual* a nacionais de Estados terceiros, a obter, para estes traballadores, un *permiso de traballo* expedido por un organismo nacional de inmigración e a *pagar os gastos correspondentes*, so pena dunha multa administrativa"⁹⁹. Igual orientación segue, en relación con requisitos distintos, a segunda das sentenzas citadas (Comisión contra Luxemburgo), o fallo da cal declara que o Gran Ducado de Luxemburgo "incumpriu as obrigas que lle incumben en virtude do artigo 49 TCE, ao impoñer aos prestadores de servizos establecidos noutro Estado membro, que desexan

98. A expresada omisión de tratamento suxire tamén que esa equiparación coa situación dos traballadores comunitarios e asimilados que cabe apreciar no Dereito español teña lugar mesmo aínda que o desprazamento se vaia producir dende un centro co que a empresa establecida en Estado da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo conte nun Estado non pertencente nin a aquela nin a este.

99. A cursiva é nosa. O asunto que conduce ao fallo parcialmente transcrito estaba definido polo desprazamento de traballadores marroquís por parte dunha empresa belga, para prestar servizos en Francia. Os devanditos traballadores, segundo observa o TJCE, eran titulares dun contrato de traballo regular e residían de modo igualmente regular en Bélxica, dispoñendo neste Estado do correspondente permiso de traballo

desprazar ao seu territorio traballadores de Estados terceiros, a obtención de *permisos individuais de traballo*, cuxa expedición supeditase a consideracións relacionadas co mercado de traballo, ou dunha *autorización colectiva de traballo*, que só concédese en casos excepcionais e se os traballadores de que se trate se atopan vinculados á súa empresa de orixe mediante contratos de traballo celebrados por tempo indefinido polo menos seis meses antes do seu desprazamento, e ao esixir aos devanditos prestadores de servizos que constitúan unha garantía bancaria” por cada traballador desprazado¹⁰⁰.

A doutrina mantense nas outras dúas sentenzas máis recentes, cuxas referencias ás dúas primeiras é constante. Na do 19 de xaneiro de 2006, o TJCE declara que a República Federal de Alemaña incumpriu o art. 49 do TCE ao supeditar a un procedemento de autorización previa (obtención dun visado específico para entrar e permanecer durante o desprazamento) certos desprazamentos (os superiores a tres meses) de traballadores nacionais de terceiros Estados decididos por empresas prestadoras de servizos establecidas noutros Estados membros e esixir que tales traballadores leven contratados por estas, antes do desprazamento, polo menos un ano. Os obxectivos de interese xeral perseguidos polo Estado incumpridor do art. 49 do TCE, de prevención do uso fraudulento da liberdade de prestación de servizos, de protección dos traballadores desprazados (impedindo, entre outras cousas, que sexan empregados exclusivamente para o desprazamento) e de seguridade de que o desprazamento se produza en condicións legais, poden alcanzarse, a xuízo do TJCE, con medidas menos restritivas e igualmente eficaces, como a de pedir unha “simple declaración *previa*” da empresa que despraza na que esta faga constar que os traballadores extracomunitarios “se atopan en situación regular, especialmente en cuestións de residencia, permiso de traballo e cobertura social, no Estado membro no que a devandita empresa os teña no cadro de persoal” (apartado 41) ou esixir a aquela que notifique previamente ás autoridades locais o desprazamento, a súa duración prevista e a prestación de servizos que o xustifica (apartado 45).

Por último, aprecia tamén incumprimento de igual precepto do TCE, nesta ocasión por parte da República de Austria, a sentenza do 21 de setembro de 2006. O incumprimento vén dado polos preceptos da lexislación austríaca de estranxeiría onde: 1) supeditase o desprazamento de traballadores extracomunitarios ao servizo dunha empresa establecida noutro Estado membro á obtención dunha “confirmación de desprazamento europeo”¹⁰¹, a expedir no

100. A cursiva é nosa. O importe da mencionada garantía, destinada a cubrir os posibles gastos de repatriación do traballador ao finalizar o seu desprazamento, ascendía, como mínimo, a 1.487 euros. Aprecia o TJCE que a obriga de prestar aquela coa expresada finalidade, “para obter a autorización de traballo, (...) constitúe unha carga excesiva para as empresas de prestación de servizos, habida conta do obxectivo perseguido” (apartado 47). Facendo seu o criterio do Avogado Xeral, continúa razoando o Tribunal que “é posible concibir medidas máis respectuosas coa libre prestación de servizos que esta obriga xeral de prestar unha garantía previa, como a adopción de ordes expeditivas para a satisfacción dos gastos xerados por unha eventual repatriación” (ibidem)

101. “Que constitúe unha verdadeira autorización administrativa” e “condición previa indispensable para a execución de calquera prestación en territorio austríaco” con traballadores nacionais dun Estado terceiro (extracomunitarios; apartado 19).

prazo de seis semanas "e cuxa concesión require, en primeiro lugar, que os traballadores interesados traballen na devandita empresa dende polo menos un ano antes ou estean vinculados a ela mediante un contrato de traballo por tempo indefinido e, en segundo lugar, que se acredite o cumprimento das condicións de traballo e salario austríacas"; e 2) establécese, en relación con iguais traballadores desprazados legalmente por igual tipo de empresa e suxeitos á obtención dun permiso de entrada ou de residencia, a denegación automática do que corresponda, sen excepción (sen ningunha posibilidade de regularización *in situ*), en caso de entrada en territorio austríaco sen visado. O TJCE considera, de novo, que os obxectivos invocados polo Estado incumpridor para xustificar tales medidas (protección dos traballadores, salvagarda da orde pública e da seguridade pública) poden alcanzarse a través doutras igualmente eficaces e menos restritivas da libre prestación de servizos. Neste sentido, tráese a colación, de novo, a suficiencia dunha comunicación previa ao desprazamento onde conste o tipo de información xa coñecido, posto de relevo a propósito de igual medida na sentenza do 19 de xaneiro do mesmo ano.

- d) Actividade ou operación empresarial de carácter transnacional a cuxa cobertura servirá o desprazamento e conexión con España do destinatario da devandita actividade ou operación

1.d) Xeral

Para poder beneficiarse das facilidades que implica a suxeición á autorización especial examinada, o desprazamento temporal a España dun traballador extracomunitario de empresa establecida en Estado que non pertence á Unión Europea nin ao Espazo Económico Europeo debe encaixar nalgunha das seguintes actividades ou operacións empresariais cualificadas de "prestacións transnacionais de servizos":

- 1) *Execución dun contrato celebrado entre a empresa do traballador a desprazar e a empresa ou persoa destinataria da prestación do servizo obxecto daquel e que figure establecida ou exerza a súa actividade en España [letra a) do art. 63 do REX].* O suposto é o propio dos desprazamentos producidos para cumprir encargos comprendidos na contratación ou subcontratación transnacional de obras ou servizos. Repárese en que non é imprescindible que o suxeito destinatario do servizo ou da obra obxecto do contrato se atope establecido en España. A suxeición á autorización especial de residencia e traballo non depende do Estado no que teña o seu establecemento o destinatario do servizo ou da obra; o decisivo é que este demande que o encargo se execute en España ("exerza a súa actividade en España"). Aínda se figura establecido noutro Estado, que pode ser, incluso, o mesmo que o da empresa á que pertence o traballador desprazado, se estará ante o suposto aquí contemplado cando a obra ou o servizo cuxa realización se solicita á devandita empresa forme parte dun encargo que o destinatario se comprometese a realizar en España.

- 2) *Prestación da actividade laboral do traballador nun centro de traballo do que dispoña en España a súa empresa (desprazamentos "intraempresariais" internacionais) ou outra que pertenza ao grupo do que a primeira forme parte (desprazamentos "intragrupais" internacionais) [letra b) do art. 63 do REX].* Considerando que este e todos os demais desprazamentos que aquí se contemplan están suxeitos, de acordo coa súa disposición adicional cuarta, ás prescricións da LDT, entenderase tamén por grupo de empresas, aos efectos do suposto que se salienta, aquel ao que remite o art. 2.1.1º.b) do devandito texto legal, isto é, "o formado por unha empresa que exerce o control e as empresas controladas", unha e outras concibidas nos termos do art. 4 da Lei 10/1997, de 24 abril, sobre dereitos de información e consulta dos traballadores nas empresas e grupos de empresas de dimensión comunitaria. A conexión con España do destinatario da operación empresarial transnacional aparece tamén no propio enunciado regulamentario do suposto: a prestación de traballo vaise desenvolver nun centro de traballo co que conta no noso país a empresa que pretende realizar o desprazamento ou outra do seu grupo. Téñase en conta, non obstante, que o esixido é que se atope en España o centro da empresa do grupo, non a empresa á que pertence o devandito centro, cuxo establecemento pode estar, pois, fóra de España, nun Estado pertencente ou non á Unión Europea ou ao Espazo Económico Europeo.
- 3) *Supervisión ou asesoramento, a través da actividade laboral dos traballadores altamente cualificados a desprazar, de obras ou servizos que empresas radicadas en España vaian realizar no exterior [letra c) do art. 63 do REX].* Como nos outros dous supostos, a conexión con España do destinatario do servizo transnacional figura de forma expresa na propia descrición regulamentaria do caso. Se este comportase, de forma necesaria, un contrato de prestación de servizos por medio do cal a empresa que pretende realizar o desprazamento temporal proporciona a supervisión e o asesoramento que demanda a empresa española, encaixaría perfectamente no primeiro suposto e a súa omisión por parte do REX non tería consecuencias; de feito, no REX/2001 (art. 77.1) non se facía referencia a el. Cabe pensar entón que o sentido da actual mención específica e separada do caso é facer tamén posible que os traballadores altamente cualificados a desprazar poidan pertencer a unha *empresa de traballo temporal*; precisamente, a necesidade dese tipo de traballadores preséntase como un suposto que se brinda ben á súa cobertura por medio de contratos de posta a disposición concertados con empresas de traballo temporal. Certamente, non é imposible que poidan operar aquí aquelas establecidas en Estados non pertencentes á Unión Europea ou ao Espazo Económico Europeo. Aínda que a lei se limita a considerar as condicións en que poderán exercer a súa actividade en España as que estean estableci-

das en Estados da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo¹⁰², iso non significa prohibición da actividade das que non o estean. Semellante actividade ten cabida, como apunta a disposición adicional cuarta da LDT, na medida en que apareza consentida nos "convenios internacionais que sexan de aplicación", o cal pon de relevo que non é libre. Cando sexa posible, por contar co referido amparo convencional, os traballadores cedidos terán a protección que establece aquel texto legal¹⁰³, as empresas usuarias (españolas) "asumirán respecto dos devanditos traballadores as obrigas e responsabilidades previstas na lexislación española"¹⁰⁴, que son as do capítulo IV da LETT, e os requisitos da actividade da empresa de traballo temporal non deberían ser máis favorables que os esixidos pola propia LETT á empresa de traballo temporal comunitaria ou establecida en Estado membro do Espazo Económico Europeo¹⁰⁵. Por suposto, cabe discutir se a fórmula exposta (previsión en convenio internacional), a través da cal poden operar en España as empresas de traballo temporal extracomunitarias, é máis conveniente que a súa regulación xeral expresa, do estilo da que establece a LETT para a actividade transnacional das empresas de traballo temporal da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo.

Sen dúbida, o que prestación de servizos en España por parte das empresas cuxo establecemento non estea en Estado da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo dependa, de acordo coa disposición adicional cuarta da LDT, dos "convenios internacionais que sexan de aplicación", determinou que o REX, que non pode contradicir, so pena de nulidade, dita previsión¹⁰⁶, non faga mención de forma aberta ou expresa aos desprazamentos transnacionais de traballadores estranxeiros por parte das empresas de traballo temporal.

2.d) *A exclusión dos desprazamentos que teñan como obxecto o desenvolvemento de actividades formativas ou afecten o persoal navegante das empresas da mariña mercante*

Situando de forma extravagante a regra, no art. 64, dedicado aos "requisitos" da autorización, dispón o REX, no apartado 2 do devandito artigo, que "quedan expresamente excluídos deste tipo de autorización de residencia e traballo os desprazamentos realizados con motivo do desenvolvemento de actividades formativas nos supostos previstos nos *parágrafos a) e c) do artigo anterior* e do persoal navegante respecto das empresas da mariña mercante".

102. As aludidas condicións constitúen o obxecto da sección 1ª do capítulo VI da LETT, titulada "actividade en España de empresas de traballo temporal de Unión Europea e de Espazo Económico Europeo".

103. En virtude do establecido na súa propia disposición adicional cuarta.

104. Disposición adicional segunda da LDT. A referida asunción terá lugar, como precisa o propio precepto, "*con independencia do lugar en que radique a empresa de traballo temporal*".

105. Cfr. art. 1.4 da Directiva 96/71/CE.

106. Recórdese que o establecemento por vía regulamentaria das condicións da autorización de residencia e traballo se debe producir "de acordo coa normativa vixente" (art. 43.2 da LOEX)

De tal regra chama a atención a parte relativa á exclusión dos desprazamentos por motivo do desenvolvemento de actividades formativas, cuxa redacción difire substancialmente da que figuraba no art. 77.4 do REX/2001, que, quizais con máis acerto, se refería, para efectuar a exclusión, aos "desprazamentos realizados con motivo do desenvolvemento de actividades formativas *que non respondan a unha prestación de servizos transnacional*", o cal, dito sexa de paso, coincidía cos termos empregados pola LDT no seu art.1.3, segundo o cal "esta lei non será de aplicación aos desprazamentos realizados con motivo do desenvolvemento de actividades formativas *que non respondan a unha prestación de servizos de carácter transnacional*".

Aquela formulación da exclusión no REX/2001, coincidente coa da LDT, permitía considerar que a devandita exclusión estaba pensada para as situacións en que o desprazamento a realizar tivese como único ou exclusivo obxecto que os traballadores extracomunitarios desprazados: 1) recibisen formación nun centro co que a súa empresa contase en España ou en virtude dun contrato entre a súa empresa e outra que estivese establecida ou exercese a súa actividade en España, pertencese ou non ao grupo do que aquela puidese formar parte¹⁰⁷); e 2) impartisen por conta da súa empresa unha formación que, polas súas características, non merecese a consideración de figurar comprendida nunha operación de prestación de servizos transnacional.

Sen necesidade de darlle demasiadas voltas ao asunto, chégase á conclusión de que a nova regra do REX ten un significado distinto do da anterior do REX/2001 e, polo tanto, tamén do da LDT. Aínda que a súa redacción dista moito de ser afortunada e merecería outra que deixase ben claro o que se quere manifestar, aquela permite considerar, con razoable seguridade:

- 1) Que queda suxeito ao réxime da autorización especial o desprazamento en virtude do cal o traballador estranxeiro vaia prestar servizos de formación en España no ámbito dunha relación intragrupal ou interempresarial mantida pola empresa que pretende desprazalo; tal sería o sentido da omisión expresa, no art. 64.2, dese tipo de desprazamento, comprendido no apartado ou parágrafo b) do art. 63.
- 2) Que se produce igual suxeición, calquera que sexa o suposto en que encaixe o desprazamento, cando a prestación de traballo do traballador que vai ser desprazado teña un contido complexo, non limitado á actividade formativa.
- 3) Que o REX non sinala que os desprazamentos que teñan como único obxecto a prestación de actividades formativas queden excluídos de calquera autorización de traballo (e residencia). Literalmente, o seu art. 64.2 dispón que a exclusión é "*dese tipo de autorización de resi-*

107. Non habendo traballo, comprendíase que non se precisase autorización de traballo e abondase, todo o máis, cun visado: que correspondese ao obxecto da permanencia en España e á duración prevista para esta (un visado de estanza, un visado de residencia ou un visado de estudos)

dencia e traballo". Aínda se se entende que o art. 43.2 da LOEX se configura de tal forma¹⁰⁸ que toleraría ao regulamento establecer aquí unha exención de todo tipo de autorización de traballo, o certo é que semellante exención non conta, por hoxe, con previsión no REX ou noutra norma regulamentaria. A encomenda do tipo de prestación de traballo agora contemplada non cumpre, *per se* e en todo caso, as condicións ás que o art. 68 do REX supedita, en desenvolvemento do art. 41 da LOEX, a solicitude e recoñecemento dunha exención da autorización de traballo. Por suposto, se chegase a cumprilas¹⁰⁹, podería solicitarse a exención.

e) Inexistencia do recoñecemento dunha excepción á autorización de traballo

Como en calquera outro suposto dos considerados no capítulo II do título IV do REX, a concorrencia dalgunha das situacións determinantes da excepción, previstas no art. 41 da LOEX e desenvolvidas no art. 68 do REX, leva a que, producido o recoñecemento oficial daquela, sometido ao procedemento que establece o art. 69 de igual regulamento, o exercicio da actividade lucrativa a desenvolver en España requira, todo o máis, o oportuno visado que incorpore a excepción.

C) *Procedemento*

O procedemento para a tramitación da autorización de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos ten, respecto do que cabe denominar procedemento ordinario ou xeral (o que figura na sección 1ª do capítulo II do título IV do REX; art. 51), dúas especialidades, contidas no art. 65 do REX e relativas ao órgano ante o que deberá ser presentada a correspondente solicitude e a documentación que haberá de acompañar a esta. Tales especialidades, aínda que se refiren a aspectos importantes do procedemento, distan moito de abranguelo por completo. Para os aspectos non contemplados haberá que estar, cos oportunos axustes, ás regras do procedemento ordinario, salvo que medie remisión expresa a outro distinto, cousa que sucede, como se verá, no caso de presentación da solicitude ante misión diplomática ou oficina consular. Así mesmo, debe terse en conta a previsión da disposición adicional segunda do REX, segundo a cal, no que este non prevexa en materia de procedementos estarase ao establecido pola Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das Administracións públicas e do procedemento administrativo común, "e na súa normativa de desenvolvemento, particularmente, no referido á necesidade de motivación das resolucións denegatorias das autorizacións".

a) Órgano ante o que debe ser presentada a solicitude de autorización

108. Véxase *supra*, apartado 5.A) deste mesmo capítulo.

109. Por exemplo, por encaixar no apartado c) do art. 68 do REX, que se refire ao "profesorado estranxeiro de institucións culturais ou docentes dependentes doutros Estados, ou privadas, de acreditado prestixio, oficialmente recoñecidas por España, que desenvolvan no noso país programas culturais ou docentes dos seus países respectivos, en tanto limiten a súa actividade á execución de tales programas".

A solicitude debe presentala o empregador, no modelo oficial¹¹⁰, persoalmente ou a través de quen validamente teña atribuída a súa representación legal, ben ante a misión diplomática ou oficina consular do lugar onde resida, ben ante a Delegación ou subdelegación do Goberno do lugar onde vaia prestar os seus servizos o traballador que pretende desprazar¹¹¹. No primeiro caso, aínda que se dispón expresamente que será de aplicación "o procedemento establecido para as autorizacións de residencia e traballo por *conta propia*" (o regulado no art. 59 do REX), a remisión debe entenderse nos seus xustos termos, isto é, limitada aos aspectos que non contempla o art. 65 do REX e, ademais, sexan compatibles co que dispoñen o seu arts. 63 e 64 ou poidanse adaptar a eles e, en xeral, ás particulares circunstancias do suposto que regulan. A remisión comprendería entón:

- 1) A posibilidade do Ministerio de Asuntos Exteriores e de Cooperación de determinar, para a presentación da solicitude, unha misión diplomática ou oficina consular distinta da citada (art. 59.1 do REX).
- 2) A actuación que compete desprezar á misión diplomática ou oficina consular ante a que se presente a solicitude. A devandita actuación refírese ao rexistro da solicitude e á entrega ao interesado da comunicación do inicio do procedemento; á resolución, se é o caso, da inadmisión a trámite; ao requirimento da presentación da documentación que falte [a do art. 65.b) do REX, non a do 59.2 de igual texto regulamentario, que é inaplicable,] baixo apercibimento de arquivo do expediente e, finalmente, ao traslado da solicitude presentada en forma ou con defectos emendados, así como da correspondente documentación, á Delegación ou subdelegación do Goberno na demarcación da cal prestará os seus servizos o traballador ao que se pretende desprazar (art. 59.3 e 4 do REX)¹¹²..

b) Documentación que debe acompañar á solicitude

É a que relaciona o art. 65.b) do REX, que substitúe, por completo ou en bloque, a que establece, para a autorización ordinaria de residencia e traballo por conta allea, o art. 51.2 de igual texto regulamentario. Ao respecto cabe sinalar:

- 1) Que deben presentarse os documentos orixinais, os cales serán devoltos unha vez cotexadas as súas copias.

110. Véxase art. 51.2 do REX. O devandito modelo, específico, é o de "solicitude de autorización de residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos".

111. Con termos moi xerais, a disposición adicional terceira.1 da LOEX e do REX establecen que "as solicitudes relativas ás autorizacións de residencia e traballo", entre as cales hai que incluír a que agora se examina, serán presentadas "nos rexistros dos órganos competentes para a súa tramitación". Combinando esta regra coas precisións que figuran no modelo de "solicitude de autorización de residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos" tense que a solicitude de que se trata será presentada no rexistro da oficina de estranxeiros ou, no seu defecto, das áreas ou dependencias de traballo e inmigración do lugar onde se vaian prestar os servizos, ou da Dirección Xeral de inmigración.

112. A substitución da referencia á demarcación en que solicite a residencia o estranxeiro pola demarcación onde prestará os seus servizos resulta da adaptación do art. 59.4 do REX ao seu art. 65.a)

- 2) Que algúns documentos son comúns a ambos os dous tipos de autorización. Sen que iso constitúa unha crítica da técnica seguida, de substitución en bloque, poderíase optar por limitar a relación do art. 65, que declara que trata das "especialidades" do procedemento, aos concretos documentos específicos esixibles e sinalar, a través dunha simple remisión ás letras do art. 51.2, onde figuran, cáles dos que se relacionan nelas se precisarán tamén. A coincidencia de documentos é plena no que concerte aos relativos á "copia do pasaporte ou documento de viaxe en vigor do traballador estranxeiro", a "titulación ou acreditación de que se posúe a capacitación esixida para o exercicio da profesión, cando proceda, debidamente homologada" e a xustificación da concorrência, "se son alegados polo interesado, dalgún ou algúns dos supostos específicos establecidos no artigo 40 da Lei orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro".
- 3) Non hai coincidencia, en cambio, no caso da documentación sobre o contrato de traballo. Mentres que o art. 65 pide [letra b).6º] "o contrato de traballo do traballador estranxeiro coa empresa que lle despraza", no art. 51.2, letra b), o pedido é "o contrato de traballo ou a oferta de emprego no modelo oficial establecido". A coincidencia límitase á achega, en ambos os dous supostos, do contrato de traballo. Para a autorización ordinaria de residencia e traballo por conta allea, o contrato a achegar debe ser o que figure no "modelo oficial establecido"; lóxicamente, carece de sentido esixir isto último para o contrato do traballador estranxeiro que pretende desprazarse, pois pode suceder que a lexislación conforme á cal se celebrara non conteña normas sobre modelos oficiais de contratos de traballo ou non imponha forma algunha. En rigor, o requirido é que se achegue un documento onde figure a celebración daquel contrato; non se impón a súa forma escrita en contra do que poida dispoñer a referida lexislación.
- 4) Non se descobre que sentido ten considerar a posibilidade de que o empregador interesado alegue e, en tal caso, deba xustificar documentalmente que concorre algún dos supostos do art. 40 da LOEX, isto é, daqueles nos que non se terá en conta a situación nacional de emprego para a concesión da autorización de traballo. Non se descobre o sentido porque a situación nacional de emprego, que condicionaba, ata o REX, a concesión da autorización de residencia e traballo contemplada (art. 77.2 do REX/2001), xa non a condiciona dende a entrada en vigor do devandito regulamento. Non figura entre os requisitos específicos da concesión (art. 64.1) nin é considerada causa de denegación (art. 66)¹¹³.
- 5) O resto dos documentos teñen que ver coas circunstancias definitorias

113. Sobre a referida inaplicación da situación nacional de emprego véxase infra, apartado 5.D).a)

da situación en atención á cal se establece esta especial autorización: documentos acreditativos de que o desprazamento planeado encaixa nalgún dos tres tipos de operacións empresariais transnacionais que dan lugar a aquela situación¹¹⁴; documentación que identifique a empresa que pretende desprazar e acredite o seu domicilio fiscal; "certificado de desprazamento da autoridade ou institución do país de orixe que acredite que o traballador continúa suxeito á súa lexislación en materia de seguridade social, se existe instrumento internacional de seguridade social aplicable"; se non existe este, "documento público sobre nomeamento de representante legal" da referida empresa "aos efectos do cumprimento das obrigas de seguridade social"; e documentos acreditativos do cumprimento dos requisitos que establece o art. 64.1 do REX, aos que se fai referencia no apartado 5.D).a).

Chama a atención a forma sumamente imprecisa de esixir eses últimos documentos, relativos aos requisitos do art. 64. Non se fai ningunha indicación que permita coñecer cun mínimo de seguridade cáles deben ou poden ser os "necesarios" ou a cáles lles será recoñecida finalmente, por quen deba resolver, o valor acreditativo que pide o comentado art. 65.b). Posto que non se aprecia extraordinaria dificultade para ofrecer certa concreción do querido, parece que asistimos a un caso máis de preguiza do titular da potestade regulamentaria, tanto máis inaceptable canto que a mantén no tempo, sen emendar o defecto a través dos instrumentos ao seu alcance (por exemplo, unha Orde de execución e desenvolvemento do Real Decreto 2393/2004). A experiencia acumulada ao longo destes anos debería servir para unha precisión regulamentaria de, polo menos, algúns documentos que, dentro dos que veñen presentando as empresas, cumpran o labor acreditativo esixido. No peor dos casos, non é difícil establecer un modelo oficial de documento onde a empresa que planea realizar o desprazamento garanta o pedido no art. 64.1.c) do REX. Tampouco parece que o sexa ofrecer pautas sobre algúns documentos que sirvan para considerar cumpridos os demais requisitos, como, por exemplo, o valor do pasaporte do traballador a desprazar no que consten as entradas e saídas do Estado en que reside, ou dunha declaración da misión diplomática ou oficina consular manifestando, se é o caso, a inexistencia de canles de certificación oficial do carácter estable e regular da residencia daquel.

c) Taxas

A única particularidade é a de que non están suxeitas ao pagamento de taxas as autorizacións nas que a residencia e o traballo ou, se se prefire, o despra-

114. "Unha copia do contrato de prestación de servizos no suposto previsto no apartado 1.a) do artigo 63); "escritura ou documento público que acredite que as empresas pertencen ao mesmo grupo no suposto previsto no apartado 1.b) do artigo 63)"; e "a documentación que acredite o suposto previsto no apartado 1.c) do artigo 63".

zamento, sexa de duración inferior a seis meses [art. 65.c) do REX]. Nos demais casos, a contía das taxas varían segundo os criterios que establece o art. 48.3.d) da LOEX, entre eles, o importe do salario¹¹⁵.

D) Requisitos, denegación e ámbitos da autorización. Efectos do correspondente visado

a) Requisitos e denegación

Son requisitos específicos da concesión da autorización os tres que establece o art. 64.1 do REX, nos cales se descubren, polo menos, os dous seguintes propósitos:

- 1) Proporcionar á Administración algúns importantes elementos de xuízo que lle permitan valorar as posibilidades de que o traballador estranxeiro a desprazar retornará ou regresará ao Estado de procedencia unha vez concluído o seu traballo en España.
- 2) A protección do devandito traballador, tanto dende a perspectiva das condicións de traballo ás que vai estar sometido coma dende a perspectiva de evitar que a súa captación pola empresa que planifica o desprazamento teña o único obxecto de cubrir este cun contrato de traballo cinguido á súa duración.

Ao primeiro propósito obedecen os requisitos de que "a residencia do traballador estranxeiro no país onde radica a empresa que o despraza é *estable e regular*" e que a súa actividade profesional en igual país "ten carácter *habitual*" e dedicouse a ela, ata o momento do desprazamento planeado, "como mínimo durante *un ano*". A fixación de tal prazo proporciona certa concreción da habitualidade que se pide que teña o exercicio da actividade profesional; en cambio, non se ofrece ningún criterio de valoración do carácter "estable e regular" da residencia, a apreciación da cal queda en mans, pois, de quen deba resolver a solicitude de autorización e, de atacarse a súa posición ao respecto, do xuíz que coñeza do asunto.

En canto ao segundo dos propósitos, descóbrense nos requisitos de que o traballador leve, polo menos, *nove meses*" ao servizo da empresa que planifica o seu desprazamento¹¹⁶ e que esta lle garanta durante o desprazamento a aplicación das condicións de traballo resultantes do disposto na LDT ou, o que é igual, as establecidas pola lexislación española (normas estatais e convenios colectivos ou laudos arbitrais) nas materias que relaciona o art. 3 do devan-

115. O importe das taxas por concesión de autorizacións administrativas, expedición de documentos en materia de inmigración e estranxeiría ou tramitación de visados en fronteira é, actualmente, o fixado pola Orde PRE/3654/2007, do 14 de decembro, cuxo apartado primeiro.2 dispón que se incrementarán ao comezo de cada exercicio nas contías que se establezan nas correspondentes Leis anuais de presupostos xerais do Estado. En 2008, a contía das taxas a aboar por "autorizacións de traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos" de duración igual ou superior a seis meses ou polas prórrogas que se soliciten é de 182,74 euros ou 365,50 euros, segundo que a retribución do traballador quede por debaixo do dobre do importe do salario mínimo interprofesional ou resulte igual ou superior ao devandito importe.

116. A falta de toda precisión regulamentaria, cabe entender que os indicados nove meses poden ser con ou sen solución de continuidade e cubrirse en virtude dun ou varios contratos de traballo.

dito texto legal, sempre que, como dispón o apartado 5 de igual artigo, sexan superiores ás derivadas do contrato e da lei pola que se rexe (normas estatais e convenios colectivos a ter en conta segundo a devandita lei)¹¹⁷.

Recórdese que o cumprimento dos expresados requisitos debe ser obxecto de acreditación documental [art. 65.b).1º do REX]. Polo demais, a pesar da idea contraria que pode suxerir a lectura do art. 64.1 do REX, a indicación do primeiro parágrafo do precepto, segundo a cal para a concesión da autorización "se *valorará* o cumprimento" daqueles, non significa que este sexa facultativo ou determine só unha preferencia en orde á devandita concesión. Ou se cumpren os tres requisitos ou, como mostra de forma clara o art. 66 do propio REX, *denégase* a autorización.

En fin, os requisitos a cumprir non rematan nos tres específicos xa coñecidos. De acordo co citado art. 66, tamén constitúe causa de denegación da autorización a inobservancia dalgún dos requisitos xerais que se deducen, implícita ou indirectamente, do art. 53.1 do REX, con excepción do relativo á situación nacional de emprego que, como advirte aquel, non é de aplicación aquí. Non obstante, a previsión regulamentaria non pode entenderse en termos tan absolutos que conduzan a situacións absurdas, de inviabilidade práctica deste tipo de autorización. Algúns de tales requisitos precisan, cando menos, adaptación ás circunstancias que cualifican o suposto para o que se solicita a autorización ou, mesmo, cabe que resulten de imposible aplicación nalgún caso, por estar pensados para unha situación ben diferente, que é a dunha empresa española que pretende contratar un traballador estranxeiro, non a da empresa doutro Estado que o único que pretende é un desprazamento dun traballador do que xa dispón¹¹⁸. Por certo, a maior parte deses requisitos "xerais" do art. 53.1 contan con formulación, esta vez de forma directa, no art. 50 do REX, ao que tamén se podería facer unha referencia.

Non é difícil atopar a explicación da razón pola que se prefire e considérase bastante limitar a remisión ao art. 53.1. A lista de requisitos que implicitamente se formulan nel é máis ampla que a do art. 50 e, ademais, inclúe todos os deste, salvo un, que, polo seu contido, é inaplicable ás empresas que realicen os desprazamentos: que a empresa figure inscrita no correspondente réxime do sistema de seguridade social e se atope ao corrente do cumprimentos das súas obrigas tributarias e fronte á seguridade social [letra c)]. Deixando a un lado tal requisito e tendo en conta que o da suxeición da autorización á si-

117. Sobre as condicións de traballo obxecto da garantía véxase J. GÁRATE CASTRO, ob. cit., páxs. 110 e seguintes. Noutra orde de cousas, téñase en conta que o incumprimento da garantía constitúe infracción administrativa (art. 10.4 da LIS).

118. Pertencen ao aludido tipo de requisitos (que precisan adaptación ou, mesmo, poden ser de imposible existencia) o previsto na letra d) do art. 53.1 do REX e o relativo á solvencia da empresa, contemplado na letra f) de igual artigo, que remite á documentación acreditativa da devandita solvencia incluída no art. 51.2, cuxo contido non resulta de aplicación ás autorizacións de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos, por existir precepto específico -o art. 65.b) do REX- que, como xa se indicou [supra, apartado 5.C).b)], substitúeo en bloque ou íntegramente.

tuación nacional de emprego, que figura na letra ou apartado b) do art. 53.1 e na letra a) do art. 50, non é aplicable, cada un dos restantes requisitos deste último artigo correspóndese con algún dos do art. 53.1. A correspondencia é, respectivamente, entre os requisitos dos apartados b), d), e), f) e g) do art. 50 e os apartados f), c), h), a) e j) do art. 53.1 [o do apartado j) posto en relación co parágrafo segundo do art. 51.6 do texto regulamentario]. O requisito que falta, relativo á solvencia da empresa, que é o segundo que figura no apartado c) do art. 50, correspóndese co tamén segundo que aparece no apartado f) do art. 53.1.

Merece algún comentario a inexixibilidade da situación nacional de emprego como condición de concesión da autorización comentada. Aínda que é comprensible e razoable, a súa introdución por vía regulamentaria podería parecer un exceso respecto ao previsto na LOEX, que non a inclúe entre os "supostos específicos" do seu art. 40, nos que "non se terá en conta a situación nacional de emprego", nin en ningún outro precepto. Para xulgar se hai ou non exceso regulamentario é imprescindible decidir se o art. 43.2 da LOEX se configura de modo que tolera unha intervención regulamentaria como a comentada. Se se aprecia no citado precepto unha deslegalización das condicións para a autorización de traballo correspondente ao desprazamento transnacional¹¹⁹, nada hai que obxectar respecto á supresión da condición examinada.

b) Ámbitos

A concreción do ámbito *funcional, territorial e temporal* da autorización é obxecto de tratamento por parte do art. 64.3 do REX.

A natureza e o obxecto da autorización explican que a súa concesión se faga para unha actividade e para un ámbito territorial concreto: a actividade constitutiva da operación empresarial transnacional á que vai servir o desprazamento do traballador estranxeiro e o lugar no que este debe prestar os seus servizos.

A natureza e o obxecto daquela explican, igualmente, a súa duración, a cal se fai coincidir "co tempo do desprazamento do traballador co límite dun ano". Unha vez esgotado este, a autorización poderá prorrogarse por outro sempre que quede acreditado que continúan concorrendo as condicións baixo as que se concedese. Semellante duración máxima (dous anos) pode ser insuficiente para atender a actividade determinante de certos desprazamentos. Non se descobre que circunstancias puideron mover ao titular da potestade regulamentaria a non se mostrar aquí máis flexible e permitir, coas cautelas necesarias (por exemplo, observancia das previsións que sobre a duración do desprazamento establece a lei que rexa o contrato -normas estatais e convenios colectivos- e este mesmo), sucesivas prórrogas anuais, senón ata a efectiva conclusión da prestación transnacional, con independencia do momento en

119. Véxase *supra*, apartado 5. A) deste mesmo capítulo.

que se produza, polo menos ata o máximo dos cinco anos polos que pode prolongarse, con carácter xeral, a situación de residencia temporal con autorización para traballar¹²⁰. Quizais a intención do REX é a de forzar a rotación dos traballadores estranxeiros desprazados para o desenvolvemento das operacións ou actividades empresariais transnacionais de longa duración, co obxecto de reducir o risco de que aqueles rematen por non regresar ou retornar ao Estado de procedencia.

- c) Efectos do visado de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos

Como nos outros supostos de autorización de residencia e traballo dos que se ocupan os arts. 49 e seguintes do REX, á concesión da examinada debe seguir a solicitude e expedición dun visado (de traballo e residencia). A particularidade radica en que a súa tramitación, que debe promover o traballador que vai ser desprazado, remítese polo art. 67 do REX ás regras previstas "na sección 2ª deste capítulo" para a tramitación do visado de residencia e traballo para actividades por conta allea de duración determinada. Non estaría de máis que o devandito art. 67 aclarase as razóns da remisión porque o art. 57.9, pertencente á mencionada sección 2ª, lonxe de conter normas específicas para a tramitación do visado que contempla, dispón que "se tramitará polo procedemento establecido na sección 1ª deste capítulo", co cal a remisión do art. 67 á sección 2ª se podería aforrar.

Como calquera outro visado de residencia e traballo, o agora contemplado tamén vale, produce efectos ou ten a consideración de autorización de residencia e traballo¹²¹, neste caso para traballar na concreta actividade transnacional e no concreto ámbito territorial que figure na resolución de concesión daquela, a vixencia da cal comezará, sempre de acordo co art. 67 do REX e tamén como sucede nas restantes autorizacións¹²², dende o día en que se produza a entrada en España, o cal debe facerse constar no visado, pasaporte ou título de viaxe empregado polo estranxeiro para realizar a devandita entrada e acreditar a súa identidade¹²³.

6. Outros instrumentos que habilitan para traballar

A autorización para o traballo debe ir acompañada daquelas outras autorizacións que permitan ao estranxeiro entrar, permanecer e residir en España. A primeira desas autorizacións nunha orde cronolóxica é a de entrada, isto é, o visado, que tradicionalmente tiña atribuída segundo a lexislación de estranxeiría a función de autorizar a entrada no territorio español. En concreto, diferenciábanse distintos tipos de visados en función dos motivos polos cales se producía a devandita entrada, pero a súa única finalidade era autorizar esta, de aí que cando o obxectivo era permanecer en España ao deber de obter

120. Art. 48 do REX

121. Véxanse arts. 52, 57.9 e 60.1 do REX

122. Ibidem

123. Cfr. art. 5 do REX

o visado se engadía o de conseguir outra autorización diferente, en función de se o pretendido era só residir ou tamén desenvolver unha actividade lucrativa.

Tras a reforma da LOEX, o visado ten atribuídas funcións adicionais, pois, ademais de permitir a entrada tamén serve para autorizar a residencia ou, no seu caso, o desenvolvemento dunha actividade lucrativa. O art. 25 bis da LOEX recolle ata cinco tipos de visado que son: 1) o de *tránsito*, que habilita a transitar pola zona de tránsito internacional dun aeroporto español ou a atravesar o territorio español; 2) o de *estanza*, que autoriza a permanencia ininterrompida ou estanzas sucesivas por un período ou suma de períodos cuxa duración total non exceda de tres meses por semestre a partir da data da primeira entrada; 3) o de *residencia*, que habilita para residir sen exercer actividade laboral ou profesional; 4) o de *traballo e residencia*, que habilita para exercer unha actividade laboral ou profesional, por conta allea ou propia e para residir; e 5) o de *estudos*, que habilita a permanecer en España para a realización de cursos, estudos, traballos de investigación ou formación. Así pois, hoxe en día o visado, ademais de ser unha autorización que debe acompañar ao que traballa, pode ser tamén unha habilitación directa para traballar (visado de traballo e residencia) porque, polo menos durante certo tempo, incorpora a autorización para residir e traballar.

Unha vez que se realizou a entrada en España co visado correspondente son varias as situacións nas que se pode atopar un estranxeiro. En concreto, diferénciase entre a *situación de estancia* e a de *residencia*, podendo ser esta, á súa vez, *temporal* ou *permanente*. A estancia caracterízase pola súa extremada temporalidade, pois a presenza en territorio español que cobre non pode superar os noventa días; a entrada que implica pode realizarse con visado (neste caso correspondería o visado de estancia) ou sen el. Así mesmo, polo xeral, sen prexuízo dalgunhas situacións particulares, como a dos estudantes, durante a situación de estancia non é posible desenvolver unha actividade lucrativa.

A realización de *estudos* ou de *prácticas profesionais* é un suposto singular que, en certo modo, se sitúa á marxe da regulación xeral. A autorización de estudante acredita a estancia dun estranxeiro que persegue o concreto obxectivo de cursar estudos en España. Polo tanto, en principio, aquela non está pensada para permitir o desenvolvemento dunha actividade lucrativa. Non obstante, permítese (art. 33.4 da LOEX, desenvolvido polos arts. 85 a 91 do REX, ambos os dous incluídos) que a realización de estudos por parte dun estranxeiro poida ir acompañada do desenvolvemento da referida actividade "a tempo parcial ou de duración determinada" (art. 33.4 da LOEX), en institucións públicas ou privadas (non na Administración), sempre que resulte compatible cos estudos (non entorpeza o seu aproveitamento) e os ingresos obtidos non teñan "o carácter de recurso necesario" para o sustento ou estancia daquel (art. 90.1 do REX).

Nestes casos, o empregador deberá presentar a oportuna solicitude de autorización de traballo, cuxa concesión figura supeditada a que se cumpran os requisitos previstos no art. 50 do REX, agás os relativos á situación nacional de emprego e á carencia de antecedentes penais. Se a actividade a realizar é a xornada completa "o contrato de traballo non poderá ter unha duración superior a tres meses nin coincidir con períodos lectivos (art. 90.2 do REX). A coincidencia con estes, cando sexa posible, implica que

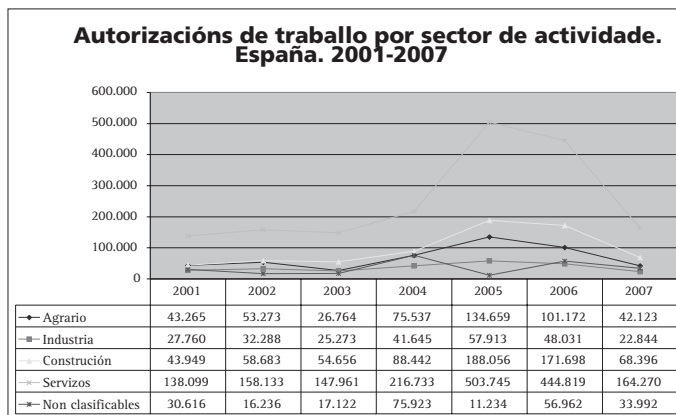
a autorización de traballo a conceder deba quedar circunscrita ao ámbito territorial de residencia do seu titular (art. 90.3 do REX).

Polo que se refire aos aspectos temporais da autorización (art. 90.4 do REX), a súa vixencia coincidirá coa duración do contrato de traballo e non poderá ser superior á da duración do visado ou autorización de estudos, cuxa perda de vixencia é causa de extinción daquela. Aínda que admite a súa renovación, esta só é posible cando subsistan as circunstancias que deran lugar á concesión inicial e sempre que se obtivera a renovación da estanza por investigación ou estudos, o que implica que se sigan reunindo os requisitos establecidos no art. 86 do REX para conseguir o visado de estudos e se superaran as probas ou requisitos pertinentes para a continuidade dos estudos ou a investigación desenvolvida polo estranxeiro progrese axeitadamente art. 88.1.b) do REX].

En fin, a *solicitud de asilo* é outro documento que tamén pode chegar a permitir para a realización dunha actividade lucrativa, aínda que a súa finalidade primixenia non sexa esta. Unha vez admitida a trámite a solicitude de asilo, o interesado pode permanecer en España durante o transcurso da súa tramitación; pero, ademais, se se cumpren certos requisitos, aquel quedará autorizado para desenvolver unha actividade lucrativa mentres espera a resposta da Administración. En concreto, a posibilidade indicada xorde unha vez transcorridos máis de seis meses dende a presentación da solicitude admitida a trámite sen que a Administración a teña resolto e sempre que o atraso non sexa imputable ao propio interesado (disposición adicional décima do REX).

III. DISTRIBUCIÓN POR SECTORES E OCUPACIÓNS DAS AUTORIZACIÓNS DE TRABALLO EN GALICIA

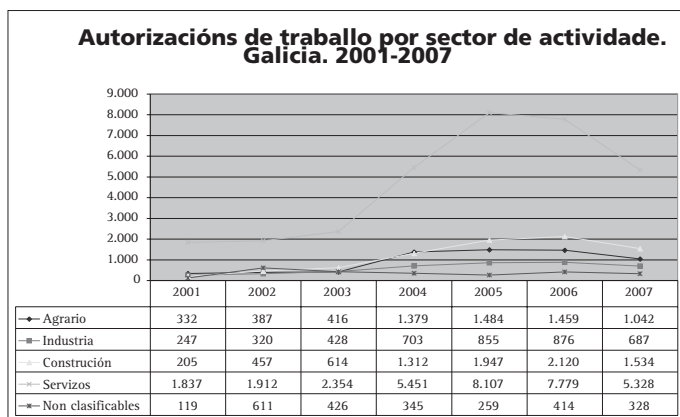
Analizando o conxunto de autorizacións de traballo concedidas entre os anos 2001 e 2007 en toda España, descóbrease, de modo inmediato, a absoluta preeminencia do sector de servizos e o declive na concesión de autorizacións que se vén producindo dende o ano 2005, especialmente acentuada no tránsito do ano 2006 ao ano 2007, cando os nacionais de Romanía e Bulgaria incorporáronse ao réxime comunitario. Seguen ao indicado sector, en orde de maior a menor importancia, a construción, a agricultura e, en



CADRO 13. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborales*, 2002-2007). Elaboración propia.

último lugar, a industria (véxase *cadro 13*). Con todo, existe un número moi considerable de actividades non clasificables que poderían alterar a ordenación ofrecida.

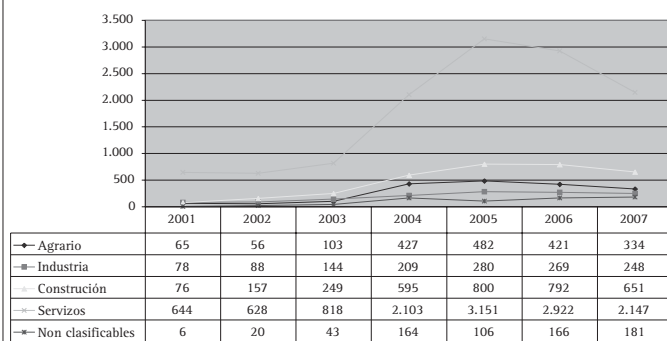
Considerada no seu conxunto, Galicia ofrece un patrón que se asemella bastante ao xeral observable no conxunto de España (véxanse *cadros 13 e 14*). O declive no número de autorizacións foi máis suave. Por sectores, a clasificación é a mesma que no conxunto de España, se ben o comportamento nos sectores distintos do de servizos foi máis homoxéneo. Por outra banda, o crecemento relativo do número de autorizacións de traballo foi moito máis intenso en Galicia: estas se septuplicaron na construción, fronte a un crecemento que superaba escasamente o 50 por cento para o total nacional; triplícaronse nos servizos e o agrario (en comparación con cifras case idénticas ás do ano 2001) e dobráronse na industria, en contraste cun descenso do número das concedidas en toda España. Non obstante, o feito de que poida detectarse un ano de atraso no axuste de Galicia ao patrón nacional obriga a manter a prudencia sobre estes datos e a unha comparación cos datos do ano 2008 que revelen, con maior seguridade, se a presenza no mercado de traballo de estranxeiros en Galicia se consolidou ou non.



CADRO 14. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais, 2002-2007*). Elaboración propia.

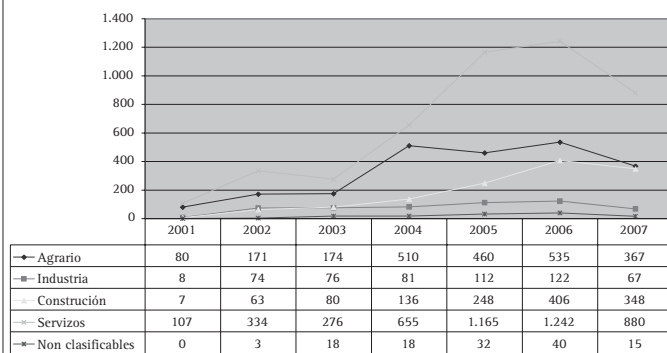
Por provincias, A Coruña axústase perfectamente ao patrón galego. En cambio, nas provincias de Ourense e Pontevedra a industria domina sobre o sector agrario, axustándose nos demais sectores ao modelo autonómico. Só se detectan trazos específicos en Lugo. En efecto, nesta provincia o número de autorizacións no sector agrario ocupou de forma incontestada a segunda posición, achegándose mesmo, no ano 2004, ao número de autorizacións para servizos. En termos relativos, destaca o incremento de autorizacións concedidas no sector da construción, onde, partindo dun exíguo número, aquelas case se multiplicaron por cincuenta, así como na industria, onde o factor de multiplicación foi de oito. Nas restantes provincias destaca o crecemento relativo do número das autorizacións de traballo concedidas, na Coruña, na construción (multiplicación por nove) e a agricultura (multiplicación por cinco); en Ourense, nesta última (multiplicación por cinco); e, por último, en Pontevedra, na construción (multiplicación por catro) (véxanse *cadros 15, 16, 17 e 18*).

Autorizaciones de trabajo por sector de actividad. A Coruña. 2001-2007



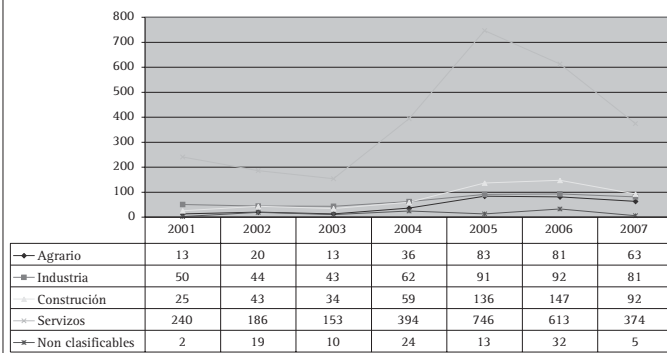
CADRO 15. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

Autorizaciones de trabajo por sector de actividad. Lugo. 2001-2007



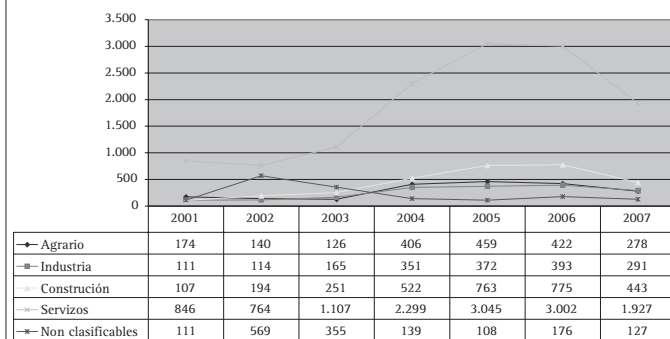
CADRO 16. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

Autorizaciones de trabajo por sector de actividad. Ourense. 2001-2007



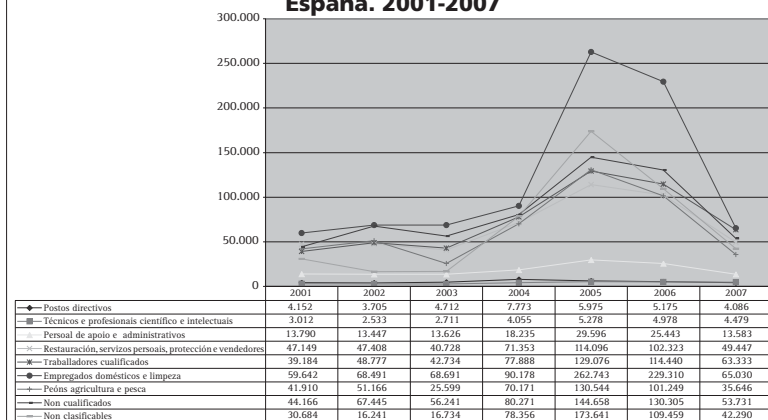
CADRO 17. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

Autorizacións de traballo por sector de actividade. Pontevedra. 2001- 2007



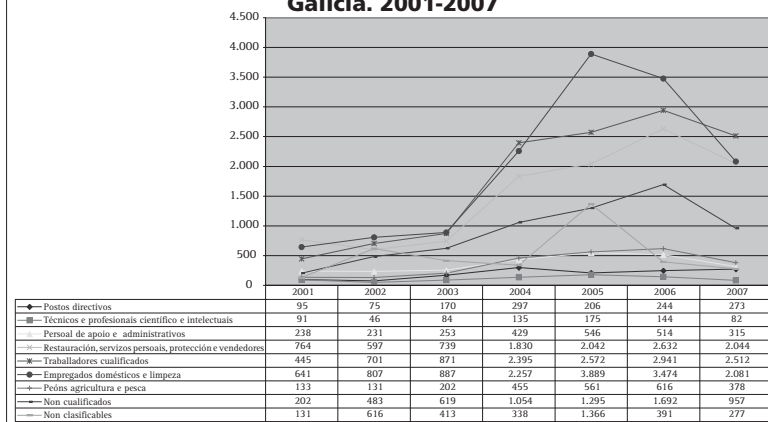
CADRO 18. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

Autorizacións de traballo. Por ocupación. España. 2001-2007

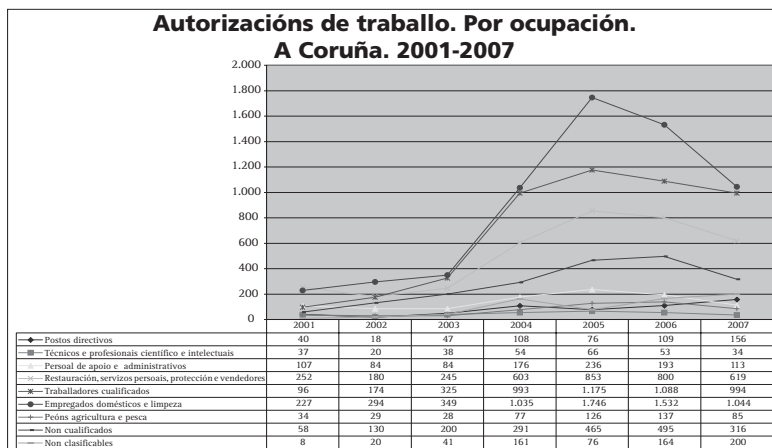


CADRO 19. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

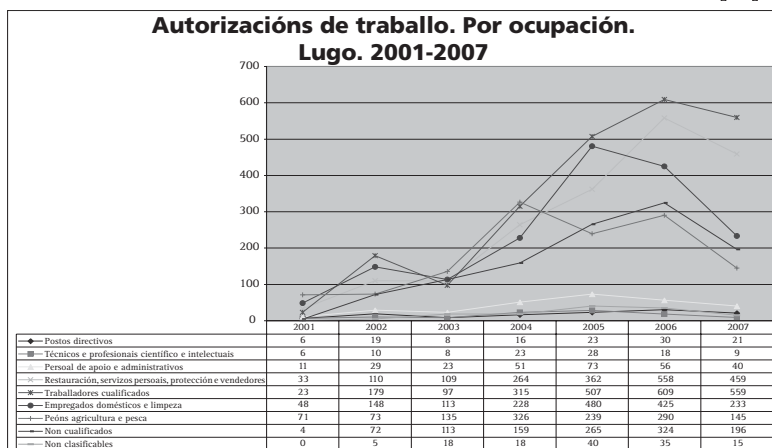
Autorizacións de traballo. Por ocupación. Galicia. 2001-2007



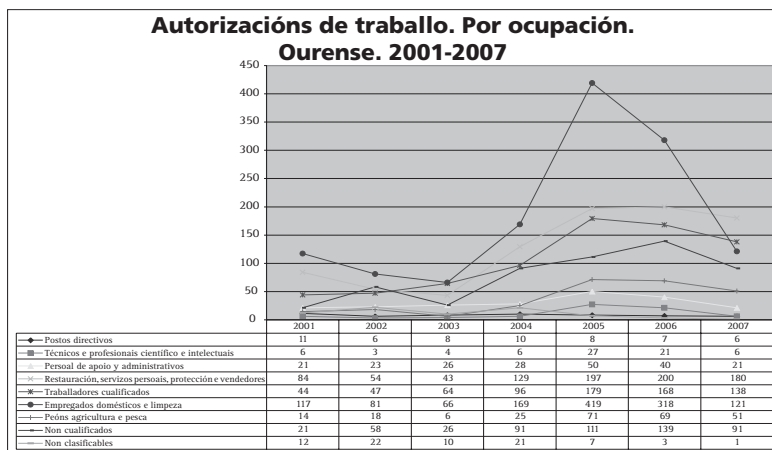
CADRO 20. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.



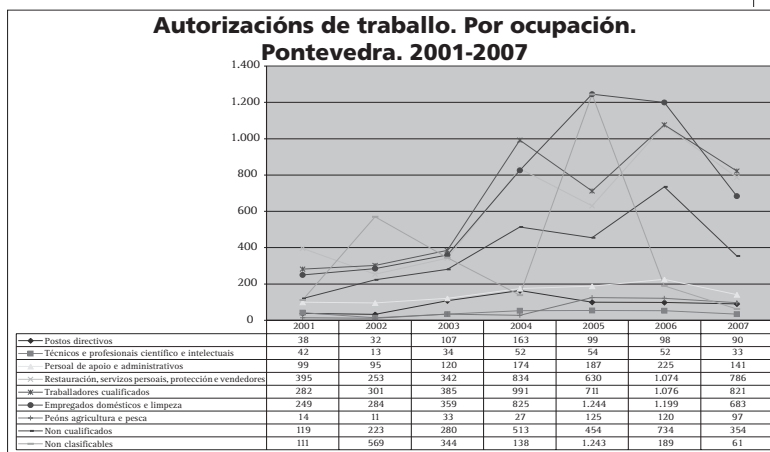
CADRO 21. Fonte: MTAS (*Anuario de Estatísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.



CADRO 22. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.



CADRO 23. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.



CADRO 24. Fonte: MTAS (*Anuario de estadísticas laborais*, 2002-2007). Elaboración propia.

IV. CRITERIOS DE CONCESIÓN DA AUTORIZACIÓN DE TRABALLO: A SITUACIÓN NACIONAL DE EMPREGO

En materia de obtención da autorización de traballo teñen a maior importancia os arts. 50 e 53 do REX, na medida en que o primeiro recolle os requisitos que han de cumprirse para que aquela sexa concedida e o segundo menciona as causas da súa denegación. Entre tales requisitos de concesión e causas de denegación destaca a situación nacional de emprego, mencionada dentro dos primeiros no art. 50.1.a) e dentro das segundas no art. 53.1.b).

Aínda que a LOEX non ofrece unha definición expresa do que se entende por situación nacional de emprego, aparecen varias referencias a ela ao longo do seu articulado e, sobre todo, no REX. Así, o art. 38 da LOEX establece que á hora de conceder unha autorización para o traballo por conta allea inicial haberá que ter en conta a situación nacional de emprego; pola súa parte, o art. 50.a) do REX proporciona certas indicacións acerca de como se determina. Nunha primeira aproximación ao seu concepto, por situación nacional de emprego podería entenderse o balance entre a oferta e a demanda de emprego existente en España nun determinado momento. Agora ben, esta definición non é completa se non se ten en conta o papel que ao respecto desempeña os factores xeográfico e funcional. Por iso, resulta máis apropiado entender por situación nacional de emprego a relación existente entre os demandantes de emprego nos diferentes sectores de produción, atendendo a criterios xeográficos e funcionais e as ofertas de traballo existentes.

A Administración é a encargada de controlar a suficiencia de man de obra aos efectos de conceder a autorización de traballo solicitada. En definitiva, é a encargada de interpretar os datos que se desprendan da análise da situación nacional de emprego en orde á concesión ou denegación dunha autorización de traballo. En concreto, a oficina pública de emprego correspondente debe pronunciarse acerca da existencia ou inexistencia de persoas que poidan ocupar o posto de traballo que se oferta e, a partir de aí, a Administración valorará posteriormente a situación e decidirá sobre a concesión ou

a denegación da autorización de traballo.

Á hora de determinar se a situación nacional de emprego fai aconsellable que se leve a cabo a contratación é preciso atender a se o posto de traballo que se pretende ocupar está ou non incluído no catálogo de ocupacións de difícil cobertura [art. 50 a) do REX]. No primeiro caso pódese tramitar a correspondente autorización para residir e traballar, no segundo, o empregador debe acreditar a dificultade á hora de contratar alguén para ocupar o referido posto, para o cal debe xestionar a oferta ante o servizo público de emprego e presentar a certificación que sobre o resultado da xestión haberá de emitir o devandito servizo no prazo máximo de quince días.

A concreción da conveniencia ou inconveniencia da contratación dun traballador estranxeiro formula problemas relacionados, principalmente, coa suficiencia de xustificación da denegación da autorización por parte da Administración. Neste punto é especialmente interesante o labor da xurisprudencia contencioso-administrativa do Tribunal Supremo, que foi perfilando as pautas de actuación ás que ha de someterse a Administración á hora de levar a cabo o seu labor. En concreto, a resolución que denegue a solicitude de autorización para o traballo de estranxeiros ha de ser motivada; isto é, debe estar convenientemente xustificada, o cal, aínda que non estea disputado coa brevidade, é incompatible cunha mera transcripción do precepto no que se fai referencia á situación nacional de emprego como causa de denegación das autorizacións de traballo, é dicir do art. 53.1.b) do REX. En definitiva, a denegación da solicitude de autorización por parte da Administración baseada na inconveniencia da súa concesión dende o punto de vista da situación nacional de emprego ha de estar avalada pola información solicitada ao servizo público de emprego. A devandita información é de tanta importancia que a súa falta imputable á Administración deu lugar a unha doutrina xurisprudencial segundo a cal haberán de retrotraerse as actuacións ao momento en que se tería que solicitar aquela¹²⁴. Con todo, se a Administración, podendo facelo, non solicita o informe, o que procede é, non a declaración da nulidade do procedemento con retroacción das actuacións, senón a concesión da autorización solicitada, pois se entende que se está ante unha ausencia de motivación que pon de manifesto que non existe causa para denegar a solicitude¹²⁵.

A información a solicitar ás oficinas públicas de emprego ha de referirse ao posto de traballo que se oferta e ha de revelar se existen persoas inscritas como demandantes de emprego susceptibles de ocupar aquel; se así fose, habería de indicar, ademais, que os traballadores nacionais, comunitarios ou estranxeiros residentes que poderían ocupar o aludido posto contan coa aptitude suficiente para prestar os servizos demandados. En calquera caso, se o empregador que presenta a solicitude de autorización considera que o posto ofertado ha de ser cuberto necesariamente por un estranxeiro haberá de acreditar as razóns diso.

De acordo coa doutrina do Tribunal Supremo, non é suficiente xustificación para denegar a concesión dunha autorización de traballo que o tipo de actividade para a que

124. Así, por exemplo, STS do 21 de marzo de 1997.

125. Así, entre outras, STS do 11 de maio 1998.

se pretende contratar un estranxeiro coincida coa demandada por traballadores nacionais, comunitarios ou estranxeiros residentes. É preciso acreditar que existen traballadores de tales características que poden desempeñar o posto de traballo concreto de que se trate e que, ademais, non concorre ningunha causa que xustifique que aquela actividade teña que ser levada a cabo por persoas dunha determinada nacionalidade.

No *anexo I* deste estudo ofrécese a relación completa das ocupacións que figuraron no *Catálogo de ocupacións de difícil cobertura* dende a súa posta en marcha no ano 2005. Tales ocupacións distribúense por provincias, nunha orde cronolóxica inversa, figurando na parte superior da táboa as ocupacións que foron demandadas máis recentemente e na parte inferior as que deixaron de ser solicitadas hai máis tempo. Destaca o drástico recorte que sufriu o catálogo no último trimestre do ano 2008, nun intento dirixido dende o Ministerio de Traballo e Inmigración de conseguir unha limitación da contratación de estranxeiros que permita paliar as consecuencias da crise económica sobre o emprego. O perfil dos postos de traballo incluídos reflicte unha notable diferenza entre o sector de servizos, con poucas ocupacións específicas incluídas e o maior número de autorizacións concedidas, e a industria e a construción, cun gran número de postos de traballo especializados que son requiridos en pequenas proporcións.

V. RÉXIME DO TRÁNSITO ENTRE SITUACIÓNS ADMINISTRATIVAS

Como é natural, as circunstancias dunha persoa estranxeira poden variar durante a súa permanencia en España, de tal maneira que quen vén ao país unicamente coa intención de residir ou estudar pode posteriormente estar interesado en permanecer para traballar. Estes cambios xeran a necesidade de modificar a autorización administrativa que os ampare.

Posto que a situación nacional de emprego é un dos motivos que a Administración esgrime frecuentemente á hora de denegar unha autorización de traballo por conta allea, compréndese que o feito de que deixe de poder ser tomada en consideración constitúe unha "vantaxe" importante. Antes da modificación do REX, o estranxeiro que só residise en España e quixese traballar necesitaba solicitar a autorización de traballo, cuxa concesión quedaba condicionada á situación nacional de emprego. Certamente, non existía un procedemento claro que permitise pasar da situación de residente á de residente/traballador. Na actualidade, o art. 96 do REX, ademais de prever o suposto facilita o tránsito dunha situación a outra cando de trate de "estranxeiros que se atopen en España durante, polo menos, un ano en situación de residencia legal". A concesión da autorización de traballo non está entón supeditada á situación nacional de emprego, a diferenza do que acontece no caso do estranxeiro residente que quere pasar a ser residente/traballador acreditando menos dun ano de residencia legal, no que haberá que estar ao procedemento xeral de autorización (art. 50 do REX).

A outra situación apuntada é a do estudante estranxeiro que tras a finalización dos estudos en España quere permanecer en España para ocupar un posto de traballo. O art. 95 do REX ocúpase desta particular modificación que atende a unha situación que antes do ano 2005 se resolvía obrigando ao estudante a volver ao seu país e a iniciar dende alí a tramitación da autorización de traballo seguindo os pasos do procedemento

xeral. Fronte a tal solución, a do art. 95 do REX caracterízase pola introdución dun réxime en certo modo "dulcificado" aplicable aos estudantes estranxeiros que cumpran determinadas condicións. En concreto, requírese que permaneceran en España durante, polo menos, tres anos na situación de estanza por estudos; realizaran os estudos ou o traballo de investigación con aproveitamento e non recibiran bolsa ou foran subvencionados por organismos públicos ou privados dentro de programas de cooperación ou de desenvolvemento do país de orixe. Nas indicadas circunstancias, aqueles poderán acceder á situación de residencia e traballo, con autorización para este, sen necesidade de solicitar visado, polo que xa non han de volver ao seu país como acontecía antes, e sen que a expresada autorización quede condicionada á situación nacional de emprego. A necesidade de saír de España e seguir o procedemento xeral para a obtención de autorización de traballo continúa sendo de aplicación cando falten todos ou algún dos requisitos mencionados.

Por último o estranxeiro que traballa por conta propia e pretende pasar a prestar servizos por conta allea, ou viceversa, ha de solicitar a modificación da autorización con que conte. Semellante mutación, prevista no art. 99.2 do REX supeditase ao cumprimento dunha serie de requisitos. Para os dous tipos de modificación é necesario que se renovara xa a autorización inicial ou se presente a solicitude no momento no que corresponda solicitar a renovación da autorización da que sexa titular. Se a modificación solicitada é para a realización de traballo por conta allea precisase, ademais, que o interesado subscribira un contrato de traballo que xustifique a súa nova actividade laboral e se teña constancia do cumprimento das súas obrigas tributarias e de seguridade social da súa anterior actividade profesional. Se é para a realización dun traballo por conta propia, aparte de esixirse o cumprimento dos requisitos do art. 58 do REX, requírese a constancia de que o interesado realizou de forma habitual "actividade laboral durante o período de vixencia da autorización por un período igual ao que correspondería se pretendese a súa renovación" [art. 99.2.a) do REX].

VI. MECANISMOS ESPECIAIS PARA A OBTENCIÓN DA AUTORIZACIÓN DE TRABALLO

A autorización de traballo pode conseguirse no marco dun procedemento individualizado que se describe no REX, coñecido como "sistema xeral". Xunto a el, a entrada en España de estranxeiros con fins de traballo tamén se articulou a través doutras fórmulas; en concreto, a través do *sistema de continxente* e a través do *proceso de regularización*. O primeiro é unha fórmula intervida que persegue unha tramitación áxil e eficaz das ofertas de emprego que o mercado nacional de traballo non alcanza a atender, sen perder de vista a idea do control sobre os fluxos migratorios. Foi definido como "un acto do Goberno, por proposta do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais [hoxe Ministerio de Traballo e Inmigración] que fixa o número e as características das ofertas de emprego que poden ser cubertas anualmente polos traballadores estranxeiros"¹²⁶. O segundo é unha proba clara da deficiencia que presentan tanto o procedemento xeral como o de continxente.

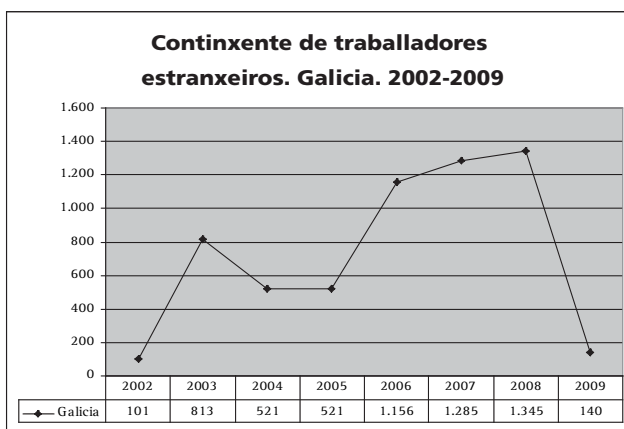
126. A. PALOMAR OLMEDA: *Régimen jurídico de los extranjeros*, Aranzadi (Pamplona, 2001), pág. 141.

1. O sistema de continxente

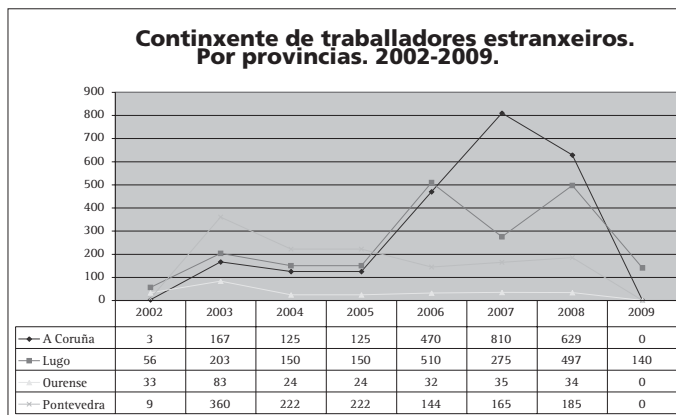
O fundamento xurídico deste mecanismo de ordenación de fluxos migratorios atópase na LOEX. Na versión correspondente á Lei orgánica 4/2000, o seu art. 37 dispuxo que "o Goberno, previa audiencia do Consello Superior de Política de Inmigración e das organizacións sindicais e empresariais máis representativas, establecerá anualmente un continxente de man de obra no que se fixará o número e as características das ofertas de emprego que se ofrecen aos traballadores estranxeiros non residentes en España, con indicación dos sectores e actividades profesionais". Coa Lei orgánica 8/2000, o precepto pasa a ser xa o art. 39 e a adoptar unha nova redacción. Como na súa versión actual, correspondente á Lei orgánica 14/2003, nel aparece o recoñecemento ás Comunidades autónomas de certo grao de participación na elaboración do continxente, faise depender tal elaboración da "situación nacional de emprego" e elimínase a posibilidade de que os estranxeiros que xa se atopan en España obteñan por esta vía unha autorización de traballo.

O exame das cifras dos sucesivos continxentes ofrece datos sorprendentes. Fronte á limitada posición que ten Galicia por número de estranxeiros, nos últimos anos estase a consolidar, tras Cataluña e Madrid, como a Comunidade Autónoma que máis recorre ao sistema. Se ben a súa utilización se iniciou de forma moi moderada, dende o ano 2006 o número de traballadores solicitados estabilizouse por enriba dos 1.000, hasta o considerable descenso de 2009, no contexto da crise (véxase *cadro 25*).

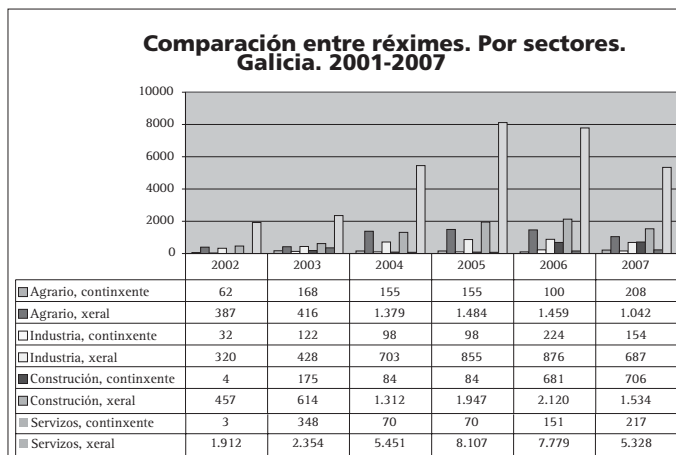
Xeograficamente, o continxente presenta unha diferenciación moi marcada entre as provincias do norte e as do sur. É nas primeiras onde se disparou a súa utilización. En contraste, na provincia de Ourense mantense case constante en niveis moi reducidos e na provincia de Pontevedra, que no continxente do ano 2002 figuraba como a principal demandante de emprego, mostra, a partir dese ano, taxas moi baixas (véxase *cadro 26*).



CADRO 25. Fonte: Ministerio da Presidencia (Continxente 2002-2009). Elaboración propia.



CADRO 26. Fonte: Ministerio da Presidencia (Continxente 2002-2008). Elaboración propia.



CADRO 27. Fonte: MTIAS (Anuario de estadísticas laborales 2002-2007), Ministerio da Presidencia (Continxente 2002- 2008). Elaboración propia.

Non obstante ese crecemento, o continxente segue desempeñando, por volume, un papel secundario fronte ás autorizacións de traballo do réxime xeral¹²⁷. Salvo no sector da construción onde no ano 2007 a oferta do continxente case ascendía á metade de autorizacións de traballo en igual sector a desproporción no resto de ámbitos é moi notable, sendo especialmente destacada no campo dos servizos (véxase *cadro 27*).

Polo que se refire á participación das Comunidades Autónomas na elaboración do continxente, o art. 39 da LOEX, dende a súa versión froito da Lei orgánica 8/2000, permítelles presentar directamente ao Goberno propostas sobre o número e características

127. Trátase dunha tendencia xeral, máis acentuada mesmo no conxunto de España. Pono de relevo a *Memoria 2007 sobre a situación socioeconómica e laboral de España*, do Consello Económico e Social, páx. 756: "O baixo uso deste procedemento aconsella analizar as causas e impulsar as melloras necesarias. En 2007, 56.117 traballadores obtiveron unha autorización por esta vía, fronte aos 83.855 de 2006, o que significa un descenso do 33 por 100".

das ofertas de emprego. En canto a vinculación daquela elaboración á "situación nacional de emprego", constitúe unha proba patente da suxeición a esta da planificación de fluxos migratorios, ao igual que sucede coa concesión dunha autorización de traballo no marco do "sistema xeral"¹²⁸.

Como na versión do citado artigo correspondente á Lei orgánica 8/2000 ["O Goberno (...) establecerá anualmente, *sempre que exista necesidade de man de obra*",], a actual segue mostrando que non é obrigada a aprobación anual dun continxente de autorizacións; literalmente, aquel dispón que "o Goberno *poderá aprobar* un continxente anual", o que amosa ben claro que este constitúe unha posibilidade e non un obriga. En definitiva, constitúe un mecanismo ao que cabe recorrer cando existan necesidades de man de obra; o seu emprego non ten carácter preceptivo.

Dende un punto de vista do procedemento, o sistema de continxente presenta unha serie de particularidades dignas de análise, relativas aos suxeitos que teñen competencia para fixar o continxente e as funcións de cada un; ao método empregado para asignar un determinado número de autorizacións a cada Comunidade Autónoma e á modalidade de autorización susceptible de ser obtida e as súas peculiaridades.

O art. 39 da LOEX e os arts. 77 a 83, ambos os dous incluídos, do REX describen o procedemento a seguir para o establecemento do continxente anual de autorizacións para o traballo de estranxeiros na elaboración dos cales intervén o *Goberno*, o *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, a través da *Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración*, as *Comunidades Autónomas*, o *servizo público de emprego estatal*, o *Consello Superior de política de inmigración* e a *Comisión laboral tripartita*, a través da cal canalízanse as solicitudes das *organizacions empresariais* e as consideracións das *organizacions sindicais*. Corresponde ao Goberno decidir o número concreto de autorizacións que se van aprobar; os demais órganos ou entes só interveñen a título de asesores.

A primeira fase da elaboración do continxente corre a cargo da *Secretaría de Inmigración e Emigración*, que se encarga de preparar unha proposta comprensiva do número e as características das ofertas de emprego susceptibles de ser cubertas por traballadores estranxeiros. A devandita proposta confeccionarase logo de consulta de *Comisión laboral tripartita de inmigración* e atenderá, en todo caso, á información sobre a "situación nacional de emprego" subministrada polo *servizo público de emprego estatal* e as propostas que eleven as Comunidades Autónomas. Con todo iso e tendo en conta tamén o informe elaborado polo *Consello Superior de política de inmigración* acerca da situación de emprego e integración social dos inmigrantes, a *Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración* presentará a súa proposta ante a *Comisión interministerial de Estranxeiría* para que informe sobre a procedencia de eleva-la ao Goberno.

O papel das Comunidades Autónomas non se reduce á elevación de propostas á Se-

128. Nas súas declaracións do 3 de setembro de 2008, o Ministro de Traballo e Inmigración, Celestino Corbacho, sinalou que o continxente para o ano 2009 "se aproximaría a cero". En posteriores declaracións, dita afirmación foi desmentida.

cretaría de Estado de Inmigración e Emigración; a súa participación no *Consello Superior de política de inmigración* permítelles intervir no informe a elaborar por este. En suma, as Comunidades Autónomas participan de forma indirecta en dúas das distintas fases que conforman o procedemento por medio do cal se elabora o continxente de autorizacións para o traballo de estranxeiros.

As *organizacións empresariais* tamén xogan un importante papel na tramitación do procedemento, pois a proposta que se eleva á *Comisión laboral tripartita de inmigración*, se apoia, ente outras, segundo se apuntou, nas solicitudes presentadas por aquelas. De feito, a determinación do número de postos de traballo que non van ser cubertos por man de obra nacional, comunitaria ou estranxeira residente lévase a cabo tomando como referencia os cálculos realizados ao respecto polas organizacións empresariais. O seu papel en modo ningún estraña habida conta que o continxente non é outra cousa que unha oferta masiva de postos de traballo e aquelas son as que mellor coñecen os datos relativos ás necesidades de man de obra no ámbito da provincia; neste punto, a función da Administración redúcese a un control que evite que se produzan desfases entre a previsión de postos de traballo realizada polas organizacións empresariais e a realidade do mercado laboral nacional.

O papel das *organizacións sindicais* é moito máis limitado. Aparte da posibilidade de ser consultadas como membros da *Comisión laboral tripartita de inmigración*, na que tamén contan con representantes, teñen dereito a ser consultadas pola *Secretaría de Estado de Inmigración e Emigración* con carácter previo á elaboración da proposta de continxente.

O cálculo do número de autorizacións para o traballo de estranxeiros coas que se prevé satisfacer as necesidades de man de obra que se vaian producindo ao longo dun ano constitúe a fase preliminar da posta en marcha deste mecanismo de planificación de fluxos migratorios á que lle segue outra, non menos importante, que fai que o devandito mecanismo resulte operativo. A determinación do número total de autorizacións de traballo que van ser concedidas ao longo do ano non é suficiente, é preciso concretar máis, o cal se fai conforme a dous factores; un funcional e outro xeográfico. Atendendo a eles asígnase a cada provincia un determinado número de autorizacións que se distribúen, á súa vez, por sectores de actividade segundo as necesidades de man de obra. Esa tarefa de distribución do continxente por provincias non lle corresponde á norma regulamentaria, senón ao acordo do Goberno que aprobe aquel, ao que se refire o art. 80 do REX. Unha vez asignado a cada provincia un número determinado de autorizacións de traballo, a fase seguinte corre a cargo do empregador que requira man de obra e non puidera obtela no mercado de traballo nacional. Neste caso poderá solicitar, persoalmente ou a través da asociación patronal da que forme parte, que se lle asigne un determinado número de autorizacións para poder contratar a outros tantos traballadores estranxeiros (art. 80.2 do REX).

Non é preciso que todas as autorizacións susceptibles de ser asignadas o sexan finalmente. O acordo que fixa o seu número establece unha cantidade máxima que, tendo en conta a "situación nacional de emprego" á que está sometida a concesión das autorizacións no marco desta fórmula de xestión de fluxos migratorios, só se vai esgo-

tar cando a demanda de traballadores así o requira. Non obstante, para evitar posibles desfases entre a asignación de continxente a cada provincia e as súas necesidades reais de man de obra artículase un mecanismo de redistribución interna da cota de autorizacións, de modo que se nalgunha provincia se produce un excedente destas a Dirección Xeral de Inmigración pode reasígnalo entre as organizacións empresariais doutras provincias nas que o continxente de autorizacións atribuído non resulte suficiente para satisfacer as demandas de man de obra.

Unha vez que os suxeitos lexitimados presenten as ofertas de emprego, ha de procederse á súa valoración polas *oficinas de estranxeiros, áreas ou dependencias de traballo e asuntos sociais* da Delegación ou subdelegación do Goberno. Tal valoración comprende o exame das condicións nas que se vai levar a cabo a actividade concreta de que se trate, así como os motivos de denegación ou inadmisión a trámite aplicables con carácter xeral, xa indicados no capítulo anterior. Así pois, ha de verificarse que as condicións de traballo ofrecidas non son inferiores ás establecidas pola normativa aplicable á actividade á que pertenza o posto de traballo que se pretenda ocupar, así como que as empresas que presenten a oferta de traballo están ao corrente das obrigas fiscais e de seguridade social.

De ser valoradas favorablemente, as ofertas de traballo serán remitidas, no prazo máximo de quince días dende a súa presentación, á Dirección Xeral de Inmigración para a selección e posterior contratación dos traballadores¹²⁹. Esta selección, na que poden participar as organizacións empresariais, os empresarios oferentes ou os seus representantes, así como os representantes da Dirección Xeral de Inmigración encargados especificamente destas tarefas (art. 80.3 do REX), ha de levarse a cabo, de forma necesaria, no Estado de orixe¹³⁰(recórdese que o continxente constitúe un instrumento por medio do cal se pretende controlar e intervir os fluxos migratorios en orixe). Unha vez concluída, dotaráselles aos traballadores da documentación necesaria para que, tras a

129. Antes da modificación da estrutura do Ministerio de Traballo polo Real Decreto 1600/2004, do 2 de xullo, esa función tiña atribuída a Dirección Xeral de Ordenación das Migracións. O Real Decreto mencionado non fai referencia a esta Dirección, senón á Dirección Xeral de Inmigración, que asume diversas funcións, entre elas, a ordenación e xestión dos procedementos de concesión de autorizacións nalgúns casos (art. 6).

130. A devandita Dirección Xeral remitirá as ofertas de emprego á Embaixada española correspondente, para que esta as dirixa ao órgano encargado da preselección dos traballadores, naqueles casos nos que se conte con acordo relativo á regulación e ordenación de fluxos migratorios. Nos Estados cos que España subscribiu un acordo deste tipo a selección dos traballadores corresponde: en Polonia, ao Departamento de Cooperación Internacional co estranxeiro (Ministerio de Traballo e Política Social); en Romanía, ao Oficio para a Migración da Forza de Traballo e da Solidariedade Social; en Colombia, ao Servizo Nacional de Aprendizaxe (Ministerio de Traballo e Seguridade Social); na República Dominicana, á Secretaría de Estado de Traballo; en Marrocos, á Dirección de emprego (Ministerio de Emprego, Formación Profesional, Desenvolvemento Social e Solidariedade Marroquí); en Ecuador, á Dirección Xeral de Apoio aos ecuatorianos no exterior (Ministerio de Relacións exteriores); finalmente, en Bulgaria, á Axencia de Emprego (Ministerio de Traballo e Política Social). Cfr. anexo IV da Resolución do 29 de decembro de 2003, da Subsecretaría de Estado de Inmigración e Emigración, pola que se dispón a publicación do acordo do Consello de Ministros do 19 de decembro de 2003, polo que se determina o continxente de traballadores estranxeiros de réxime non comunitario en España para o ano 2004). Se os empresarios non puidesen participar e desexaren manter ao seu cargo unha comunicación telefónica ou videoconferencia cos candidatos antes da sinatura do contrato, realizaranse as xestións oportunas para comprobar a viabilidade da devandita comunicación.

entrada en España, resulte posible comezar o desenvolvemento da actividade lucrativa para a que foron contratados.

A orientación preferente das ofertas de emprego realizadas a través do continxente cara aos países cos que España asinara acordos sobre regulación de fluxos migratorios, prevista no art. 39.6 da LOEX, aínda que non implica a imposibilidade de obtención dunha autorización no marco do continxente por parte dos nacionais doutros Estados cos que non haxa un acordo da expresada natureza, dificulta, sen dúbida, tal obtención¹³¹.

No marco do continxente pódense obter dous tipos de autorizacións, que adoptan a forma de visados e que permiten o desenvolvemento de actividades diferentes. Un deles, a conceder pola autoridade consular, presupón a previa selección e contratación para realizar a actividade por conta allea de que se trate e incorpora a autorización inicial de residencia e traballo (insístese que por conta allea) durante un ano, a computar dende o momento no que se efectúe a entrada España. A devandita autorización, que figura sometida, pola súa propia natureza, a límites de carácter xeográfico e funcional, permite a incorporación inmediata á empresa do traballador estranxeiro e a súa afiliación e alta na seguridade social (art. 83.6 do REX), da que depende a eficacia da autorización.

Sempre en relación co indicado visado, o suxeito lexitimado para solicitalo é diferente segundo que a oferta xestionada sexa xenérica ou nominativa. No primeiro caso, é o empregador, que deberá de presentar a correspondente documentación, da que forman parte os contratos de traballo. No segundo -oferta nominativa-, é a propia traballadora. Nos dous casos, tras a obtención do visado o interesado deberá solicitar persoalmente, no prazo do mes seguinte á entrada en España, a "tarxeta de identidade de estranxeiro"¹³². Así mesmo, para os efectos de control, o empresario debe presentar o contrato de traballo asinado ante as oficinas de estranxeiros, áreas ou dependencias de traballo e asuntos sociais da Delegación ou subdelegación do Goberno e comunicar o seu contido aos servizos públicos de emprego.

En canto ao segundo dos tipos de visado, a súa finalidade non é a de permitir o desenvolvemento dunha actividade lucrativa, senón a *busca dun emprego*. Aparece previsto no art. 39 da LOEX, segundo o cal "o continxente poderá fixar un determinado número de visados para busca de emprego dirixidos a fillos ou netos de español de orixe" ou a "determinados sectores de actividade ou ocupacións nas condicións que se determinen" (apartados 3 e 4). Do desenvolvemento da materia ocúpanse os arts. 81, 82 e 83 do REX. Esta modalidade de visado autoriza o desprazamento a España

131. Aos efectos que aquí interesan, han de terse en conta, actualmente, os acordos subscritos con Colombia, Ecuador, Marrocos e República Dominicana, todos do ano 2001 (BOE de 4 e 10 de xullo e 20 de setembro de 2001 e do 5 de febreiro de 2002, respectivamente)

132. Esta constitúe unha novidade do novo apartado 2 do art. 4 da LOEX, introducido pola Lei orgánica 14/2003. "Segundo o devandito precepto, todos os estranxeiros aos que se expidira un visado ou unha autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obterán a tarxeta de identidade de estranxeiro, que deberán solicitar persoalmente no prazo dun mes dende a súa entrada en España ou dende que se concede a autorización, respectivamente".

e a entrar nela co indicado obxectivo durante un período de estanza de tres meses, nos cales o estranxeiro pode inscribirse como demandante de emprego nos servizos públicos de emprego. Transcorrido ese prazo sen obter emprego, o estranxeiro deberá retornar ao país de orixe, so pena de incorrer na infracción moi grave do art. 53.a) da LOEX, cuxa comisión leva aparelhada a imposibilidade de obter unha nova autorización para traballar durante dous anos (art. 39.5 de igual texto legal; art. 81 do REX). Se, pola contra, aquel atopa emprego, o empregador que pretenda contratalo deberá presentar un contrato de traballo-solicitude de autorización, asinado por ambas as dúas partes, así como os documentos que con carácter xeral se presentan cando se solicita unha autorización de residencia e traballo inicial¹³³. Como no primeiro tipo de visado, a eficacia da autorización que poida concederse está condicionada á posterior afiliación e alta do traballador na seguridade social no prazo dun mes dende a notificación da resolución ao solicitante; cumprida esta condición, a autorización adquire vixencia e ten a consideración de autorización inicial de residencia e traballo por conta allea (art. 83.6 do REX).

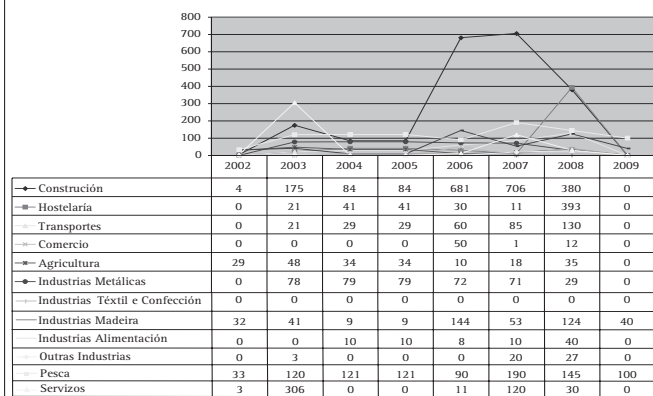
* * *

En Galicia, a distribución por sectores dos postos do continxente caracterízase, principalmente, polas peticións específicas orixinadas en cada provincia, sen que exista unha pauta xeral. Así, no ano 2003, a elevada petición para o sector servizos en Pontevedra e, en menor medida, en Ourense, provocou un pico neste sector que non se volveu repetir. De xeito similar, o crecemento de demandas experimentado no sector da construción en Lugo e A Coruña no ano 2005 e mantido nesta última no ano 2006, así como o seu posterior descenso, creou un trazo moi diferenciado para o comportamento do sector. Máis recentemente, o aumento de prazas no sector da hostalaría nas provincias da Coruña e Lugo proporciona a explicación para o feito de que este sexa no ano 2008 o ámbito onde se concentran máis peticións. Nos demais sectores, as cifras tenden a manterse regulares dentro da súa escasa importancia. En calquera caso, chama a atención a importancia comparada do continxente no sector pesqueiro. Neste, na provincia da Coruña nunca se solicitou un posto; en Pontevedra, aínda que o inicial recurso ao continxente era comparable ao de Lugo, diminuíu, quedando a provincia de Lugo como a que mostra a maior utilización daquel ao longo do tempo. O continxente de 2009, marcado pola crise económica, é un fenómeno completamente apartado do que estaba sendo a evolución comentada e responde a unha conxuntura extraordinaria.

No *anexo II* do estudo aparecen as ocupacións concretas que foron incluídas nos distintos continxentes dende a súa posta en funcionamento no ano 2002.

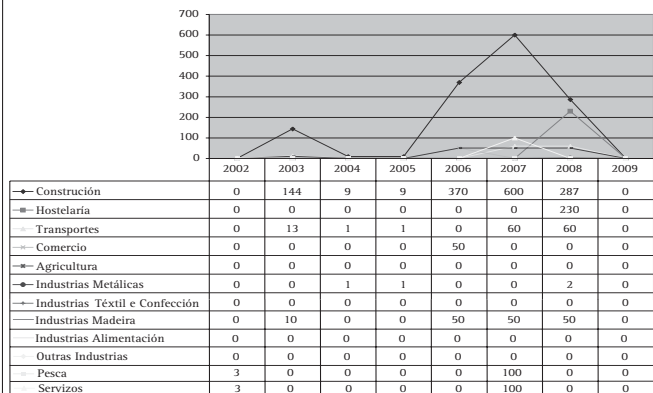
133. Os do art. 51.2 do REX. Os documentos presentaranse na oficina de estranxeiros ou a área ou dependencia de traballo e asuntos sociais da Delegación ou Subdelegación do Goberno e a resolución da solicitude ha de producirse no prazo máximo de dez días (art. 83.4 e 5 do REX)

Continxente de traballadores estranxeiros. Por sectores. Galicia. 2002-2009



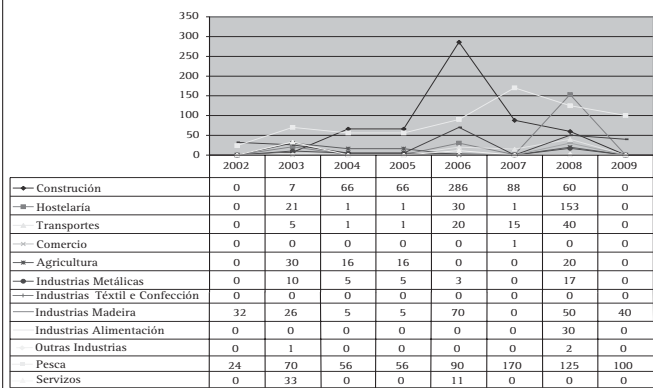
CADRO 28. Fonte: Ministerio da Presidencia (Continxente 2002-2008). Elaboración propia.

Continxente de traballadores estranxeiros. Por sectores. A Coruña. 2002-2009



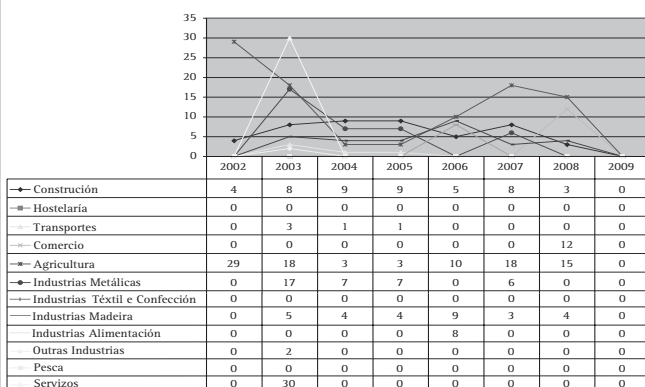
CADRO 29. Fonte: Ministerio da Presidencia (Continxente 2002-2008). Elaboración propia.

Continxente de traballadores estranxeiros. Por sectores. Lugo. 2002-2009



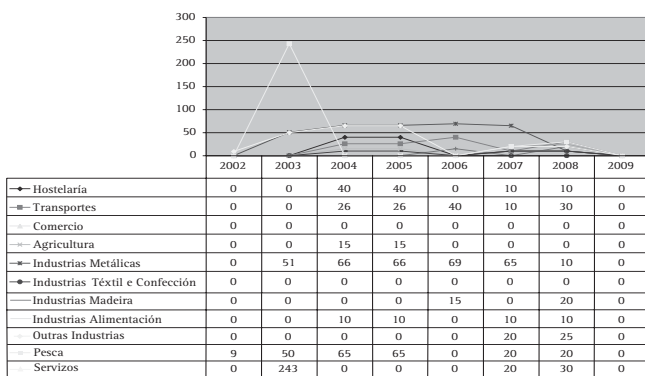
CADRO 30. Fonte: Ministerio da Presidencia (Continxente 2002-2008). Elaboración propia.

Continxente de traballadores estranxeiros. Por sectores. Ourense. 2002-2009



CADRO 31. Fonte: Ministerio da Presidencia (Continxente 2002-2008). Elaboración propia.

Continxente de traballadores estranxeiros. Por sectores. Pontevedra. 2002-2009



CADRO 32. Fonte: Ministerio da Presidencia (Continxente 2002-2008). Elaboración propia.

2. A regularización de inmigrantes

A) Características xerais

A través do sistema de continxente trátase de planificar a chegada de traballadores estranxeiros, fórmula que se compaxina coa utilización do procedemento xeral. Non obstante, son moitos os estranxeiros que traballan sen autorización de traballo, o que, en principio, sen prexuízo doutras razóns, evidencia que, aínda que existen necesidades de man de obra, o número de au-

134. Véxase L. E. DE LA VILLA DE LA SERNA: "Luces y sombras en la normalización de los trabajadores extranjeros. Comentario al régimen contractual en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y en la orden de la Presidencia del Gobierno 140/2005, del 2 de febrero.", *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, 8, 2005, pág. 5. Para este autor os procesos de normalización "obedecen á comprobación de que a realidade social ofrece altas cifras de irregularidade na inmigración, ás que loxicamente hai que ofrecer algunha solución excepcional distinta da mera expulsión dos estranxeiros irregulares (...) trátase, en definitiva, de achegar na medida do posible os planos dos feitos e do dereito, por medio de regularizacións temporais ocasionais, pero en definitiva, repetidas no tempo de modo intermitente".

torizacións de traballo susceptibles de ser concedidas non é suficiente¹³⁴. Iso orixina importantes bolsas de traballadores irregulares -con perniciosos efectos sobre o mercado de traballo¹³⁵ cuxa situación se veu adaptando á lei de forma ocasional, a través dos procesos de "regularización", que, a pesar de adoptarse en virtude dunha determinada conxuntura e de forma extraordinaria, poden considerarse, en certo modo, unha terceira vía de acceso dos traballadores estranxeiros ao mercado de traballo español¹³⁶.

Cando se fala de procesos de "regularización"¹³⁷ en materia de estranxeiría faise referencia a un mecanismo deseñado co obxectivo de poñer en orde a situación administrativa daquelas persoas que chegan a España sen ningún tipo de documentación, de tal maneira que xa a súa entrada nela se pode cualificar de irregular, ou cunha documentación cuxa validez non se mantén no tempo e produce, polo tanto, unha situación de irregularidade sobrevida. Certamente, cada vez que se autoriza a un traballador estranxeiro por circunstancias sobrevidas (reclamación xudicial, colaboración coa xustiza) para permanecer en España estase a levar a cabo unha regularización; non obstante, trátase dunha regularización a título individual, o que a diferenza dos procesos de regularización que, polo xeral, están asociados a un gran número de persoas e, por suposto, a un compromiso da Administración de non sancionar nin aos traballadores que desenvolven unha actividade lucrativa sen a correspondente autorización, nin aos empregadores que contribúen á situación de irregularidade na que aqueles atopan.

Sen prexuízo do expresado obxectivo dos procesos de regularización ou normalización (poñer en orde a situación administrativa daquelas persoas cuxa permanencia en España non cumpre nun momento dado cos requisitos legais esixidos), dende o punto de vista laboral perséguese, en particular, sacar á luz a situación dos que prestan servizos dentro da economía "oculta" e acabar coas situacións de desprotección, incluídas as producidas no ámbito da seguridade social, polo xeral de cara ao futuro, pois a regularización non ten, polo menos de momento, efectos retroactivos.

A regularización considerouse como un proceso case inevitable para o sanea-

135. O CES destaca os seguintes: obstaculización da integración laboral dos inmigrantes; afectación negativa ao funcionamento do mercado de traballo, aumentando a súa segmentación; degradación das condicións laborais; exclusión social dos inmigrantes; competencia desleal entre empresas; perda de ingresos e incremento do gasto de protección social derivado do recoñecemento de prestacións universais (Informe *La inmigración y el mercado de trabajo en España*, Madrid, 2004, páxs. 126 e sigs.).-

136. A conexión entre o sistema de "continxente" e os procesos de regularización pónense de manifesto de forma clara nas palabras de J. M. PUERTA VÍLCHEZ: "El contingente de trabajadores extranjeros", en AAVV. (M. Moya Escudero, coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería* (o 4/2000 e O 8/2000), Comares (Granada, 2001), pág. 377. Para este autor a emigración económica pode estar motivada pola oferta (man de obra en situación de irregularidade administrativa no país, que daría lugar aos procesos de regularización), ou pola demanda (escaseza de man de obra nacional para determinados sectores produtivos e existencia de empregadores dispostos a "importar" man de obra estranxeira) que ocasionaría o denominado "continxente".

137. Esta palabra procede do verbo regularizar que, de acordo co dicionario da Real Academia Española, significa poñer as cousas en orde.

mento da situación que trata de ser regulada por unha nova normativa, razón pola cal os correspondentes procesos son un compañeiro habitual das reformas normativas que se levaron a cabo en materia de estranxeiría. Isto que nos dá unha idea do carácter conxuntural daqueles, que non se adoptan seguindo unha determinada cadencia temporal ou de forma regular, senón cando as circunstancias –ata o momento as reformas normativas– fano aconsellable. De aí que non se mencionen cando se fai referencia aos eixes centrais da política migratoria, que son a planificación dos fluxos migratorios, o control da entrada e a integración dos inmigrantes. A pesar diso, a experiencia demostra que se converteron nun importante instrumento da devandita política, o cal pon de manifesto as deficiencias que presenta a planificación dos fluxos migratorios e a existencia dun claro desfase entre as necesidades de man de obra que presenta o mercado de traballo e o excedente de man de obra que, en principio, existe.

Dende unha perspectiva xurídica destacan dúas cuestións. En primeiro lugar, que o instrumento xurídico utilizado para a aprobación dos procesos de regularización non é sempre o mesmo. Así, mentres que os procesos de 1985 e de 2000 teñen a súa orixe na lei, o proceso de 1996 ten a súa orixe nun Real Decreto e o de 1991 deriva dun “acordo” do Consello de Ministros que responde a unha proposición non de lei dese ano, aprobada polo Congreso dos Deputados¹³⁸. Certamente, sorprende que non exista unha determinación legal do instrumento xurídico a empregar para levar a cabo os procesos de regularización. Non parece xuridicamente aceptable que estes se poidan adoptar por calquera instrumento normativo e á marxe dunha mínima cobertura legal. Se se entende que non debe pecharse a posibilidade de recorrer a eles, tal posibilidade debería contar cunha previsión legal, que non ten por que supoñer a institucionalización dos procesos, os cales teñen e deben seguir tendo carácter conxuntural.

En segundo lugar, está a cuestión do tipo de autorización que cabe obter coa regularización, o cal vai indisolublemente unido á vixencia dos documentos aos que se accede con esta. Aínda que non hai unha previsión sobre o particular, seguramente polo carácter conxuntural que se predica dos procesos de regularización, o certo é que, con carácter xeral, as autorizacións concedidas ao seu amparo foron de residencia e traballo (por conta allea ou propia) ou de residencia, en ambos os dous casos limitadas no tempo e, en concreto, a un ano, con posible renovación de cumprirse os requisitos esixidos para a renovación das autorizacións correspondentes ao réxime ordinario. Só a regularización de 1991 contou cunha Resolución con “instrucións” para a renovación dos permisos de traballo e residencia concedidos¹³⁹.

B) Análise dos procesos de regularización

Os procesos de regularización de inmigrantes irregulares iniciáronse en Es-

138. O citado acordo, do 7 de xuño de 1991, publicouse en BOE do 8 de xuño de igual ano. Sobre a referida proposición non de lei véxase nota 74 deste mesmo capítulo.

139. O obxectivo perseguido pola devandita Resolución, do 9 de xullo de 1992 (1558/1992), non era outro que manter a situación de legalidade dos máis de cen mil inmigrantes que regularizados en 1991

paña no ano 1985 e sucedéronse nos anos 1991, 1996, 2000 e 2005. O primeiro deses procesos tivo lugar á calor da entrada en vigor da Lei orgánica 8/1985, ao considerarse aconsellable preparar o terreo para a súa aplicación facendo táboa rasa da situación de irregularidade dun elevado número de estranxeiros¹⁴⁰. En 1991, a presión social, a adopción dunha nova política en materia de estranxeiría, plasmada na proposición non de lei do 9 de abril dese ano, do Congreso dos Deputados¹⁴¹, así como o fracaso que supuxo o proceso de regularización do ano 1985, propiciaron a adopción dunha nova regularización de inmigrantes¹⁴², en cuxo desenvolvemento se tiveron en conta as recomendacións proporcionadas pola OCDE, relativas á simplificación na tramitación, á centralización na resolución de solicitudes para evitar a aplicación de criterios dispares, á suficiencia do prazo e á publicidade da apertura do proceso para dar conta del ao maior número de posibles interesados. En calquera caso, a in-

140. Segundo fontes do Ministerio do Interior, durante os nove meses que durou o procedemento de regularización previsto na disposición transitoria segunda do devandito texto legal regularizouse a situación de 38.181 cidadáns estranxeiros (véxase J. M. PUERTA VÍLCHEZ, ob.cit., páxs. 391 e sigs). Podían participar no devandito proceso os estranxeiros insuficientemente documentados que non estivesen incurso en certas causas de expulsión e solicitasen a regularización no prazo de tres meses a contar dende a entrada en vigor da citada Lei 8/1985. En concreto, as causas de expulsión que impedían a obtención da regularización eran: implicación en actividades contrarias á orde pública ou á seguridade interior ou exterior do Estado; realización de calquera tipo de actividade contraria aos intereses españois ou que puidese prexudicar as relacións de España con outros países; condena dentro ou fóra de España por unha conduta dolosa, que constituíse no noso país delito sancionado con pena privativa de liberdade superior a un ano, salvo que os seus antecedentes penais fosen cancelados; e ausencia de medios lícitos de vida ou exercicio da mendicidade.

141. En 1990 tomou forza o debate sobre a inmigración ilegal, que chegou ao Parlamento a través da interpretación que o Grupo Parlamentario de Esquerda Unida-Iniciativa para Cataluña formulou ao Goberno. Como consecuencia da moción adoptada polo Congreso, o Goberno presentou á Cámara, en decembro de 1990, un informe sobre a situación dos estranxeiros en España e as liñas básicas da política de estranxeiría que se dirixían cara ao control de entrada, a loita contra o emprego clandestino, accións positivas para a promoción e integración social dos inmigrantes, reforzamento da acción policial, coordinación e centralización administrativa, reforma dos procedementos de asilo e refuxio, alcance comunitario da política de estranxeiría e potenciación da cooperación ao desenvolvemento. O 9 de marzo de 1991 os Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Convergencia e Unión, CDS, PNV e Mixto, aprobaron a proposición non de lei sobre a situación dos estranxeiros en España (BOCCGG, Serie D, núm.165, do 22 de marzo de 1991). O Grupo Parlamentario de Esquerda Unida-Iniciativa para Cataluña (que iniciara o debate parlamentario sobre esta cuestión) finalmente abstívose na votación da devandita proposición ao considerar que o proceso de regularización non debería deixarse exclusivamente en mans do Goberno e tería ser obxecto dun control parlamentario.

142. De acordo con algúns estudos encargados polo Ministerio de Traballo e Seguridade Social, o número mínimo de inmigrantes en situación irregular cifrábase, en 1989, en 172.682, o que poñía de manifesto o escaso éxito da regularización levada a cabo no período abranguido entre os anos 1985 e 1986. Segundo os estudos realizados por A. Izquierdo, entre 70.000 e 140.000 persoas participaron no proceso de regularización de 1991, segundo referencia achegada polo director xeral de Política Interior na súa intervención na Comisión de Xustiza e Interior ao obxecto de explicar aquel (véxase C. APRELL LASAGABASTER: "La fórmula contingente de autorizaciones como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 93, 1997). Segundo a Dirección Xeral de Ordenación das Migracións, con este proceso de regularización conseguíuse que obtivesen o seu permiso de traballo e residencia 109.068 estranxeiros dos 135.393 que presentaron a solicitude correspondente. Ademais, a aplicación do principio de libre circulación de traballadores comunitarios provocou o arquivo de 5.501 expedientes de nacionais de Estados membros; antes desa data resolvéranse favorablemente 2.536 solicitudes de cidadáns comunitarios.

interpretación dos criterios aplicables a este proceso non estivo exenta de problemas¹⁴³, relativos, nuns casos, ao tipo de actividade que servía de base á solicitude de regularización¹⁴⁴, e, noutros, aos documentos apropiados para acreditar a presenza en España dende antes dunha determinada data¹⁴⁵.

De novo, a aprobación dunha nova norma, neste caso do REX/1996, conduciu, nese ano, a outro proceso de regularización, aberto pola disposición transitoria terceira daquel baixo a rúbrica "documentación de estranxeiros en situación irregular"¹⁴⁶. Esta regularización difería de modo significativo da de 1991. Mentres que nela non era preciso gozar de residencia legal en España e abundaba coa presentación da solicitude nos prazos previstos ao respecto e probar que se chegara a España antes do 15 de maio do citado ano, na regu-

143. Así, un dos motivos polos que se denegaron algunhas solicitudes de permiso para traballo para traballar por conta propia foi a falta de inversión abunda. "Inversión abunda" é un concepto xurídico indeterminado que debe concretarse caso por caso, pois hai que ter en conta os requirimentos obxectivos da actividade que se pretenda desempeñar. Igualmente, o feito de non acreditar domicilio foi unha das causas de denegación do permiso de traballo, igual que as razóns de orde pública. Sobre as causas de denegación da autorización de traballo e de residencia no marco do proceso de regularización agora comentado véxase L. SANTOS ARNAU: *De nuevo sobre el trabajador extranjero y la regularización de 1991*, Itinera (Barcelona, 1993), páxs. 14 e sigs

144. Entre os requisitos que había que cumprir para obter unha autorización de traballo figuraban o desenvolvemento dunha actividade lucrativa continuada e contar con oferta firme de emprego regular e estable ou cun proxecto viable de explotación ou desenvolvemento. Fronte ao criterio da Administración, segundo o cal a venda ambulante non constituía unha actividade lucrativa continuada e, polo tanto, non era hábil para permitir a obtención dunha autorización de traballo, o Tribunal Supremo considerou, en diversas sentenzas da súa Sala do contencioso-administrativo, que aquela encaixaba no devandito concepto, tanto en virtude dunha interpretación flexible favorable á regularización da situación dos traballadores estranxeiros afectados, coma en virtude dunha mera interpretación literal. Así, sentenzas do 29 de xuño e 26 de outubro de 1999 (Ar. 6333 e 9334 respectivamente) e do 16 de maio de 2000 (Ar. 4309). Igual Tribunal e Sala admitiu como actividade lucrativa aos efectos de completar o requisito da estancia no país dende unha determinada data dar clase de chinés aos fillos dun futuro empregador (sentenza do 14 de xuño de 2001, Ar. 5733).

145. 15 de maio de 1991. Para os efectos de xustificar a presenza en España antes desa data, a STS do 22 de febreiro de 1999 (Ar. 1886), admitiu a eficacia probatoria dunha acta de manifestacións outorgada notarialmente o día 30 de abril de 1993 por un intérprete da Dirección Xeral de Policía, na que indicaba que a documentación que lle fora entregada, consistente nunha carta remitida ao actor dende a República Popular China, tiña data do 9 de febreiro de 1991. Tamén se admitiu a certificación emitida polo Concello de Sevilla, de data 4 de maio de 1992, onde se facía constar que don Shenrong L. residía nunha determinada dirección dende o mes de decembro de 1990; unha Acta notarial, do 4 de maio de 1994, onde se protocolizaba un certificado de residencia, expedido polo presidente da comunidade de propietarios da casa onde residía o actor dende o mes de decembro de 1990, así como diversos certificados da Embaixada da República de China en España, expedidos en agosto de 1991, nos que facíase constar a residencia en España do recorrente e a carencia de responsabilidade ningunha no país de orixe. Os tribunais inferiores negaran valor probatorio a todos estes documentos.

146. Podían beneficiarse desta regularización os que cumprisen as condicións de: 1) chegar a España antes do 1 de xaneiro de 1996, 2) ser titulares dun permiso de traballo e residencia ou permiso de residencia con posterioridade á entrada en vigor do Real Decreto 1119 \ 1986, do 26 de maio, polo que se aprobou o anterior regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985; 3) non estar incursos nalguna das causas de expulsión dos parágrafos c) e d) da citada Lei nin ser expulsados por incorrer nelas e, por iso, ter prohibida a entrada en territorio español. Nótese que tanto no proceso de regularización de 1985 coma no de 1991 tampouco podían ser beneficiarios desta as persoas incursas na causa de expulsión incluída no apartado f); tal suposto desaparece no proceso de regularización de 1991.

larización agora comentada se esixía gozar de residencia legal nalgún momento durante os dez anos de vixencia do anterior regulamento, de 1985. Tal circunstancia mostra que, en rigor, a regularización tiña entre os seus destinatarios aos inmigrantes que xa foran regularizados no ano 1991 e que pasarán, de novo, a unha situación de irregularidade administrativa, gran parte dos cales cumprirían o expresado requisito de residencia¹⁴⁷.

A aprobación da LOEX, en 2000, dá lugar a un novo proceso de regularización, previsto na súa disposición transitoria primeira¹⁴⁸ e regulado, en cumprimento dela, polo Real Decreto 239/2000, do 18 de febreiro. No devandito proceso, ademais de esixirse, como nos anteriores, que o estranxeiro estivese en España antes dunha determinada data, requiríase o cumprimento doutros requisitos co fin de evitar o denominado "*efecto chamada*"¹⁴⁹. O período para a presentación das solicitudes de regularización foi do 21 de marzo ao 31 de xullo¹⁵⁰, o que permitía apreciar unha vontade de conseguir que o maior número de persoas puidesen acollerse ao proceso¹⁵¹. En efecto, se comparamos a data de comezo do prazo (21 de marzo) cun dos requisitos que había que cumprir para

147. O alcance deste proceso de regularización foi menor que o do ano 1991. Segundo a Dirección Xeral de Ordenación das Migracións, a 13 de novembro de 1996 tramitáranse 25.388 solicitudes, o que representa un 18.75 por cento das 135.393 solicitudes tramitadas en 1991.

148. "O Goberno, mediante Real Decreto, establecerá o procedemento para a regularización dos estranxeiros que se atopen en territorio español antes do día 1 de xuño de 1999 e que acrediten solicitar nalgunha ocasión permiso de residencia ou traballo ou que o tiveran nos tres últimos anos". Unha vez máis, pídense indicios de certo arraigamento con España.

149. O citado Real Decreto completouse coa Resolución do 20 de marzo de 2000, da subsecretaría, pola que se dispoñía a publicación da Resolución do 16 de marzo de 2000, da Dirección Xeral de policía, da Dirección Xeral de Política Interior e da Dirección Xeral das Migracións do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, pola que se aprobaron as instrucións relativas ao procedemento de regularización de estranxeiros (BOE 22 de marzo de 2000).

150. Para proporcionar unha maior axilidade ao proceso de regularización subscribíronse convenios entre a Administración Xeral do Estado e determinados Concellos, en aplicación do art. 15 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das Administracións públicas e do procedemento administrativo común, por medio dos cales se acordaba encomendar a estes determinadas xestións relacionadas coa presentación e tramitación de solicitudes. Asíñáronse convenios co Concello de Macho (Murcia) (Resolución do 12 de abril de 2000); cos Concellos de Gijón e de Avilés (Asturias) (Resolución do 16 de maio de 2000, BOE do 3 de xuño de 2000); co Concello de Langreo (Asturias) (Resolución do 27 de xuño de 2000, BOE do 19 de xullo de 2000); cos Concellos de Recas, Ullas do Rei, Camarenilla e Portillo de Toledo (Toledo) (Resolución do 29 de marzo de 2000, BOE do 12 de abril de 2000); cos Concellos de Fuensalida, Yuncos e Santa Cruz del Retamar (Cidade Real) (Resolución do 5 de abril de 2000, BOE do 14 de abril de 2000); cos Concellos de Talayuela, Don Benito, Montijo e Mérida (Badajoz) (Resolución do 31 de marzo de 2000, BOE do 14 de abril de 2000); cos Concellos de Casalarreina, Pradejón, Rincón de Soto, Aldeanueva de Ebro (A Rioxa) (Resolución do 7 de abril de 2000, BOE do 20 de abril de 2000); cos Concellos de Haro, Autol, Calahorra e Alfaro (Resolución do 10 de abril de 2000, BOE do 25 de abril de 2000) e cos Concellos de Daroca, Calatayud e La Almunia de Doña Godina (Zaragoza) (Resolución do 12 de abril de 2000, BOE do 29 de abril de 2000).

151. A Delegación do Goberno para a Inmigración e Estranxeiría comunicou que se presentaron 246.089 solicitudes e que, das 226.570 que se tramitaron, 6.271 (o 2.77 por cento) foron arquivadas, 82.845 (o 36.56 por cento) foron denegadas e 137.454 (o 60.67 por cento) foron concedidas. Entre as autorizacións que se concederon, 125.317 (o 91.18 por cento) outorgaron un permiso de traballo e residencia, 7.757 (o 5.65 por cento) permiso de residencia e 4.380 (o 3.18 por cento) tarxeta comunitaria. Estes datos poñen de manifesto a existencia dunha importante bolsa de persoas cuxa permanencia en España seguía sendo irregular. Véxase P. CHARRO BAENA: "Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la O 8/2000, del 22 de diciembre", *Tribuna Social*, 133, páxs. 38 e sigs

poder presentar a solicitude aparece un solapamento de dez días que dulcifica o devandito requisito. Noutros termos, do 21 de marzo de 2000 ao 31 de marzo de 2000 púidose solicitar o permiso de traballo e residencia ou de residencia; abundaba esa solicitude previa ao 31 de marzo para poder presentar a solicitude correspondente no proceso de regularización. Iso debería traducir nun maior número de persoas beneficiarias do proceso. Non obstante, a confusión que rodeou a este enturbou tal posibilidade¹⁵².

O proceso de regularización de 2000 non foi o último, pois, tras a aprobación da Lei orgánica 8/2000 abriuse outro¹⁵³. Con todo, máis que dun novo proceso de regularización se trata dunha segunda fase do previsto na disposición transitoria primeira da LOEX, correspondente á súa versión procedente da Lei orgánica 4/2000. De acordo coa disposición transitoria cuarta da Lei orgánica 8/2000, o Goberno habería de establecer os requisitos a cumprir polos estranxeiros participantes no proceso de regularización do ano 2000 e cuxa solicitude fora denegada por non poder demostrar a súa presenza en España antes do 1 de xuño de 1999¹⁵⁴. Se ben se mira, tratábase de ofrecer a posibilidade de

152. A referida confusión levou, en non poucos casos, á presentación da solicitude de regularización en datas posteriores ao 31 de marzo, sen que se cumprise o requisito de solicitar nalgún momento un permiso de traballo e residencia ou de residencia e sen aproveitar a oportunidade que daban eses dez días de solapamento entre prazos. Neste sentido, J. M. PUERTA VÍLCHEZ: "La regularización de extranjeros", en AAVV: *Comentario sistemático...*, cit., páx. 410.

153. A traxectoria seguida ata o momento en materia de procesos de regularización permite afirmar que a regularización seguirá sendo utilizada no futuro. De feito, a última reforma do regulamento de estranxeiría foi acompañada dun novo proceso de regularización que despregou os seus efectos nos primeiros meses do ano 2005.

154. Mención aparte merecen o que poderíamos denominar de "pareregularización"; é dicir procesos de regularización que, aínda que non recoñecidos oficialmente como tales, produciron os mesmos efectos que os aprobados polo Goberno. Estes procesos leváronse a cabo nalgúns Comunidades Autónomas como consecuencia das reivindicacións realizadas por grupos de inmigrantes que utilizaron como medio de protesta o encerro en igrexas ou as folgas de fame. En realidade, as circunstancias que rodean a estes acordos son un tanto particulares. Tales circunstancias refírense: á orixe daqueles, que reside nas medidas de presión exercidas por grupos de inmigrantes cuxas solicitudes foran rexeitadas nos procesos de regularización que, para entendernos, denominaremos "oficiais". 2) Aos suxeitos asinantes; dun lado, asociacións de diversa índole, e, doutro, as Delegacións ou Subdelegacións do Goberno na Comunidade Valenciana, Cataluña, Almería, Murcia e Huelva. E 3) a súa validez xurídica bastante dubidosa por canto supoñían unha extralimitación competencial das Delegacións e Subdelegacións do Goberno asinantes. Ante esa confusa situación, na que só unha parte das persoas afectadas polas regularizacións ían conseguir unha segunda oportunidade (que para algúns sería mesmo terceira ou cuarta) para regularizar a súa situación, o Delegado do Goberno para a Estranxeiría ditou unha serie de "instrucións" dirixidas aos Delegados e Subdelegados do Goberno para unificar criterios e evitar unha aplicación parcial do art. 31.4 da LOEX, na súa versión inicial, correspondente á Lei orgánica 4/2000. As mencionadas instrucións serviron para a aplicación do devandito precepto mentres non entrou en vigor o regulamento da Lei, momento a partir do cal perderon vixencia os acordos antes mencionados. Iniciouse así unha aplicación uniforme do citado art. 31.4, de modo que todas aquelas persoas que solicitasen un permiso de residencia e que puidesen acreditar a súa presenza en España dende unha data anterior ao 23 de xaneiro de 2001 ou unha incorporación real ou potencial ao mercado de traballo, residencia regular anterior en España ou a existencia de vínculos familiares con estranxeiros residentes ou con españois, conseguirían unha resolución favorable á súa solicitude. Véxase P. CHARRO BAENA, ob.cit., páx.40. Así mesmo, con ocasión de acontecementos de gran transcendencia social adoptouse, máis ben como medida asistencial, unha regularización de efectos máis limitados. Iso foi o que aconteceu tras o atentado terrorista do 11 de marzo de 2004, como consecuencia do cal se regularizou a situación administrativa dos estranxeiros afectados polo atentado e concedeuse a nacionalidade española por carta de natureza ás vítimas que a solicitasen (RD 453/2004, do 18 de marzo, por medio do cal se concede a nacionalidade española ás vítimas dos atentados terroristas do 11 de marzo de 2004).

volver someter a exame aquela solicitude.

O último dos procesos de regularización levados a cabo ata ao momento tivo lugar en 2005, con ocasión da aprobación do REX por Real Decreto 2393/2004, cuxa disposición transitoria terceira (do Real Decreto, non do REX) regulou un proceso de "normalización"¹⁵⁵, que, en rigor, non é outra cousa que unha "regularización" como as xa salientadas¹⁵⁶, aínda que de alcance máis reducido, pois se dirixiu a casos de irregularidade laboral e, ademais, non incluíu os relativos a traballadores por conta propia¹⁵⁷. En concreto, as situacións contempladas foron dúas. Para os estranxeiros comprendidos na primeira, que cabe denominar "xeral" e da que se ocupou o apartado 1 da citada disposición transitoria terceira, as condicións para a "normalización" eran tres: 1) que o traballador figurase empadroadado polo menos con seis meses de antelación á entrada en vigor do REX, isto é, dende o 7 de agosto de 2004¹⁵⁸; 2) que o empresario, ademais de asinar co traballador un contrato de traballo, cuxos efectos quedaban condicionados, en todo caso, á entrada en vigor da autorización de traballo (producida coa afiliación e alta na seguridade social), se comprometese a manter a prestación laboral polo período mínimo ao efecto establecido, segundo o sector de actividade ao que correspondese a devandita prestación; e 3) se cumprisen os requisitos previstos para a concesión da autorización de traballo ordinaria ou tipo, a excepción dos relativos á situación nacional de emprego, a garantía de actividade durante toda a duración da autorización e a permanencia regular en España.

Polo que respecta á segunda das referidas situacións, era específica dos estranxeiros que desenvolvesen a súa actividade no ámbito do servizo doméstico para varios titulares dun fogar familiar¹⁵⁹). Neste caso, os requisitos a

155. Sobre el, véxase M. L. RODRÍGUEZ COPÉ: "Aspectos socio-laborales del nuevo reglamento de extranjería", *Tribuna Social*, 170, páxs. 26 e sigs., e A. QUIRÓS FONS: "El proceso de normalización: regularización extraordinaria de trabajadores extranjeros", *Aranzadi Social*, 19, páxs. 106 e sigs. Un intento de diferenciar entre "regularización" e "normalización", expresión esta última que contempla só os supostos de irregularidade laboral, fronte á primeira, que se refire a todos os casos de permanencia irregular en España, sen distinción, en M. D. VALDUEZA BLANCO: "Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social," *Relaciones Laborales*, 4, 2005, páx. 125; A. MARTÍN VALVERDE: "Continuidad y cambio en el nuevo reglamento de la Ley de extranjería", *Derecho de los negocios*, 175, 2005, páxs. 52 e sigs.

156. De acordo co dicionario da Real Academia Española, os verbos "regularizar" e "normalizar" comparten o significado de poñer en orde o que non o estaba.

157. A citada disposición transitoria terceira foi desenvolvida pola Orde PRE/140/2005, do 2 de febreiro, obxecto dunhas "instrucións" ditadas pola directora xeral de Inmigración, do 3 de febreiro de 2005 (www.intermigra.info)

158. A principios de abril do devandito ano, en pleno proceso de "normalización", o Goberno, nun intento de flexibilizar os requisitos para que os inmigrantes que xa se atopasen en España puidesen regularizar a súa situación administrativa aceptou que a presenza no territorio español antes da data indicada no texto se acreditase a través de calquera documento público que de forma fidedigna puxese de manifesto aquela (*El Mundo*, 11 de abril de 2005). Esta medida foi denominada "empadramento por omisión".

159. Os que viñesen desenvolvendo unha actividade no servizo do fogar familiar a tempo completo para un só empregador podían obter a autorización de acordo co procedemento xeral previsto para os traballadores por conta allea (disposición transitoria terceira.2, *in fine*, cit.

cumprir eran outros: 1) a actividade habería de vir levándose a cabo a tempo parcial e simultaneamente para varios titulares dun fogar familiar; 2) os interesados debían cumprir os requisitos para poder ser dados de alta no réxime de seguridade social como empregados do fogar descontinuos e debían traballar un número de horas non inferior a trinta no cómputo global; e 3) as prestacións laborais concertadas con eles debían abranguer un período mínimo de actividade de seis meses.

En todos os casos, aos que cumprían os requisitos expostos se lles concedeu unha autorización de residencia temporal e traballo dun ano. Tras a notificación da resolución e no prazo dun mes, o empregador estaba obrigado a afiliarse ou dar de alta ao traballador na seguridade social, momento a partir do cal comezaba a vixencia da autorización. Transcorrido ese prazo, a autorización quedaba sen efecto e o empregador estaba obrigado a comunicar os motivos polos que non se iniciara a relación laboral.

A diferenza do que aconteceu nos procesos de "regularización" anteriores, non impediu participar no proceso figurar incurso o estranxeiro nunha causa de expulsión por permanecer en España de forma irregular ou por traballar sen contar con autorización de traballo e residencia. En consecuencia, a concesión da autorización conducía ao arquivo do expediente de expulsión que estivese pendente de resolución e á revogación, de oficio, da orde de expulsión que se puidese adoptar. Iso permite afirmar que a "amnistía" que supuxo este proceso de "normalización" foi máis intensa que a que acompañou aos anteriores procesos de regularización.

VII. EFECTOS DA FALTA DE AUTORIZACIÓN

1. Sobre o contrato de traballo

Á marxe das diferentes posicións doutrinarias que se manteñen sobre a cuestión, hai que ter en conta que para o Tribunal Supremo o art. 36.3 da LOEX permite cualificar o contrato de traballo celebrado cun traballador estranxeiro que careza da correspondente autorización como un contrato válido, con todo o que iso supón. Para aquel, o citado precepto é base abonda para afirmar "con toda claridade, que o contrato de traballo do estranxeiro non autorizado non é", a partir da LOEX, "un contrato de traballo nulo"¹⁶⁰.

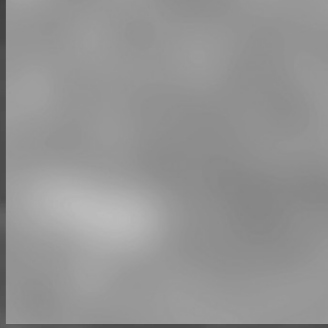
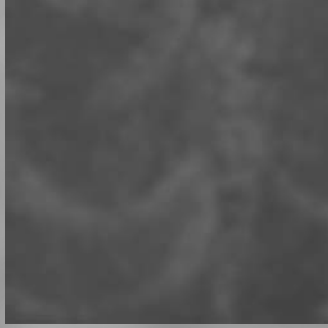
2. En materia de seguridade social

Remítese ao xa exposto no capítulo III, apartado VI.1).

160. Así, sentenzas (Sala do Social) do 9 de xuño (Ar. 3936), 29 de setembro e 7 de outubro de 2003 (Ar. 6497).

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE INMIGRACIÓN E ESTRUJERIA



SUMARIO:

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO EMPREGADOR. -II. A INTERVENCIÓN DA INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL: 1. En Galicia (ano 2008): A) Número de actuacións practicadas; B) Sancións; 2. Evolución das actuacións no período 2003-2008: A) Consideracións xerais; B) Número de infraccións "en acta"; C) Número de traballadores afectados polas infraccións. 3. En comparación coas demais Comunidades Autónomas: A) Número de actuacións; B) Número de infraccións "en acta"; C) Número de traballadores afectados pola infracción; D) Importe das sancións. **III. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS PROPIOS TRABALLADORES (ASALARIADOS E AUTÓNOMOS).- IV. RESPONSABILIDADE PENAL:** 1. Réxime xurídico; 2. Un apuntamento sobre a xurisprudencia galega: A) Emprego de traballadores estranxeiros sen o correspondente permiso de traballo; B) Promoción ou favorecemento da inmigración clandestina de traballadores a España

I. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO EMPREGADOR

A persoa que se beneficia dos servizos prestados por estranxeiros que non contan coa pertinente autorización de traballo pode incorrer, entre outras, na responsabilidade de carácter administrativo da que trata a LOEX, que contén o cadro máis numeroso de infraccións en materia de estranxeiría e tipifica, no seu art. 54.1, dúas infraccións moi graves cuxo suxeito activo só pode ser un empregador. A primeira [letra c)] consiste na realización de condutas discriminatorias baseadas en motivos raciais, étnicos, nacionais ou relixiosos, as cales, claro está, poden darse no momento da contratación ou durante o desenvolvemento da prestación dos servizos. A segunda [letra d)] esta constituída pola "contratación de traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo o correspondente permiso [autorización] de traballo". Pois ben, esta última contrasta coa tamén infracción moi grave que tipifica o art. 37.1 da LIS, que se refire á utilización de traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo a preceptiva autorización de traballo ou sen instar a súa renovación. En ambos os dous preceptos maniféstase que o empresario incorrerá "nunha infracción por cada un dos traballadores estranxeiros" ocupados.

A pesar da súa proximidade, o art. 54.1.d) da LOEX e o art. 37.1 da LIS non coinciden exactamente; entre eles hai dúas evidentes diferenzas. En primeiro lugar, o art. 54.1.d) da LOEX fai referencia á "contratación", mentres que o art. 37.1 de LIS se refire á "utilización". En segundo lugar, o art. 54.1.d) da LOEX parece que contempla unicamente a prestación de servizos á marxe da previa solicitude da autorización de traballo, mentres que o art. 37.1 da LIS inclúe de forma expresa no tipo infractor "a ausencia de renovación" da autorización de traballo. Ao noso xuízo, o art. 54.1.d) da LOEX non inclúe a "utilización" de traballadores que non renovaron a súa autorización de traballo.

Ante a situación descrita, é preciso determinar se a utilización dun traballador estranxeiro que non conta con autorización de traballo porque non foi renovada, suposto que a LOEX non prevé expresamente, pode ser obxecto de sanción en función dunha interpretación ampla do art. 54.1.d) da LOEX¹⁶¹. Non existe unanimidade acerca desta cuestión, diferenciándose na doutrina, polo menos, dúas posicións distintas. De acordo cunha interpretación cualificada de "estrita", a utilización de traballadores que non

161. Á espera da aprobación do regulamento executivo a que fai referencia a disposición final segunda da Lei orgánica 8/2000, de reforma da Lei orgánica 4/2000, a Dirección Xeral da Inspección de Traballo e Seguridade Social tratou de aclarar, a través da Instrución 101/2001, se o art. 37 da LIS era de aplicación nalgún suposto. Nesa Instrución, que na actualidade xa non conta con virtualidade práctica, dado o seu carácter transitorio, vinculado á aprobación de citado regulamento, facíase referencia a derogación de tipos previstos no citado art. 37 de LIS e enumerábanse os preceptos tipificadores e os preceptos sancionadores que resultaban de aplicación respecto do traballo de estranxeiros. En concreto, a "instrución" terceira distinguía tres supostos: o primeiro era o dos traballadores por conta propia que prestasen servizos en España sen solicitar autorización administrativa para traballar por conta propia, cando non se contaba con permiso de residencia temporal. Neste caso entendíase que o comportamento descrito coincidía co recollido no art. 52.c) da LOEX. O segundo referíase aos traballadores por conta propia que prestasen servizos en España sen obter permiso de traballo ou autorización administrativa previa para traballar e, ademais, non contasen con autorización de residencia válida, en cuxo caso se aplicaba como precepto tipificador e calificador o art. 53. b) da lei. En canto ao último, que se entendía incluído no art. 54.1.d) da LOEX, era o da contratación de traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo o correspondente permiso de traballo.

renovaron a súa autorización de traballo non leva consigo sanción para o empregador. Pola contra, de acordo coa denominada interpretación "extensiva", esa utilización de traballadores estranxeiros encaixa no art. 54.1.d) da LOEX¹⁶². Segundo esta última interpretación o tipo infractor descrito no devandito precepto ("contratación de traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo a correspondente autorización de traballo"), incluíría tanto o suposto de ausencia de autorización por falta de solicitude inicial como o de ausencia de autorización por falta de renovación¹⁶³.

Con todo, o certo é que nin a literalidade do art. 54.1.d) da LOEX nin o respecto do principio de tipicidade permiten concluír que caiba sancionar a un empregador que recibe servizos dun traballador estranxeiro que non renovou a súa autorización de traballo¹⁶⁴. Por enriba da posición que se comparta respecto á conveniencia de que o lexislador elimine do ordenamento a sanción ao empregador que reciba a prestación de servizos de traballadores estranxeiros que non renovaron a pertinente autorización de traballo, en materia sancionadora non cabe levar a cabo unha interpretación ampla dos preceptos; ao contrario, a interpretación ha de ser restritiva, polo que non é posible sancionar un comportamento que non está clara e taxativamente descrito na norma como infracción, so pena de vulneración do principio de tipicidade que rexe no Dereito Administrativo sancionador.

A responsabilidade administrativa por calquera das dúas condutas descritas ao comezo [as do art. 54.1.c) e d)] pode carrexar para o empregador infractor: unha multa ou a expulsión (art. 57.1 da LOEX), isto último, obviamente, cando se trate dun empregador que ostente a nacionalidade dun terceiro Estado; tamén sen prexuízo da multa ou

162. Neste sentido, véxase J. GARCÍA MURCIA: "El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una duplicidad inevitable?", *Relaciones Laborales*, 9, 2003, páx. 28. No mesmo sentido pronúnciase F. CAMAS RODA: "La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la compatibilidad entre las sanciones derivadas de la comisión de las infracciones previstas en la Ley de infracciones y sanciones del orden social y en la Ley orgánica de extranjería", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 116, 2003, páx. 216. Segundo este último autor, non é posible aplicar o art. 37.1 da LIS porque o art. 54.2.d) da LOEX englobaría tamén a concesión ou, mellor dito, a falta de obtención da renovación dun permiso de traballo anterior.

163. En todo caso, o punto de partida de calquera das dúas posicións é a derogación tácita do art. 37.1 da LIS polo art. 54.1.d) da LOEX, sen prexuízo de que iso se considere un "injustificado beneficio ao infractor". Véxase F. M. DORADO NOGUERAS: "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", en AAVV. (M. Moya Escudero, coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería* (O 4/2000 e O 8/2000), Comares (Granada, 2001), páx. 852. Para este autor, o suposto beneficio ao infractor vén dado porque a sanción máxima na lexislación de estranxeiría queda por debaixo da máxima de acordo coa LIS 164. Nalgunha sentenza afirmouse que non resulta sancionable a contratación de estranxeiros que teñen recoñecido o dereito ao traballo en España en virtude de Tratados internacionais de diversa índole. Na sentenza do TSJ de Madrid do 12 de xuño de 1998 (RJCA 2645) afirmase que non cabe sancionar ao empregador que sen autorización de traballo emprega peruanos, chilenos ou uruguaios que, en virtude da aplicación dos Convenio de dobre nacionalidade e de cooperación respectivamente, teñen recoñecido o dereito a traballar en España sen que a situación nacional de emprego se tome en consideración. Faise eco de sentenza M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR: "Las infracciones y sanciones en materia laboral en la nueva Ley de extranjería: el trabajo sin permiso o autorización y la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso", *Tribuna Social*, 133, páx. 82. Como se verá no capítulo VI deste estudo, o que a situación nacional de emprego non forme parte das condicións ás que se supedita o traballo en España dun cidadán uruguaio non é aceptado pola Sala do contencioso-administrativo do TSJ de Galicia.

expulsión, a clausura do establecemento, cando a infracción sexa a de contratación sen mediar a previa autorización de traballo (art. 55.6 da LOEX). Posto que ambas as dúas se tipifican como infracción moi grave, a multa que cabe impoñer estará comprendida, de acordo co art. 55.1.c) da LOEX, entre os 6.001 e os 60.000 euros.

O órgano competente para resolver é o encargado de decidir se procede a multa ou a expulsión; en ningún caso resulta posible impoñer conxuntamente as dúas sancións (art. 57.3 da LOEX)¹⁶⁵. Nin a LOEX nin o REX (arts. 138 e seguintes) fan referencia aos criterios a ter en conta para decidir a imposición dunha ou outra sanción, o cal constitúe unha fonte de inseguridade xurídica para o suxeito sancionado e xera o risco de que situacións semellantes se solucionen de forma distinta. É certo que os preceptos que autorizan a sanción de expulsión han de interpretarse restritivamente¹⁶⁶ e que a resolución que a acorde ha de estar motivada¹⁶⁷. Aínda así, non parece que quede preservado de modo abondo o principio de seguridade xurídica (art. 9.3 da CE), cuxa efectividade precisaría que a norma ofrecese pautas sobre cando cabe a expulsión en lugar da multa. Non se trata de sancións equiparables, sobre todo, para o suxeito sancionado. A falta desas pautas permite que a expulsión poida chegar a empregarse con maior ou menor intensidade en función da presión migratoria que existente nun momento determinado.

Só nalgúns supostos, e sempre que non medie unha participación nas actividades que describe o art. 54.1.a) da LOEX (que poidan prexudicar as relacións de España con outros países ou resulten contrarias á seguridade exterior do Estado ou á orde pública, neste caso previstas como moi graves na Lei orgánica 1/1992) ou "reincidencia na comisión no termo dun ano dunha infracción da mesma natureza sancionable coa expulsión", non caberá sancionar con esta condutas que, con carácter xeral, a admiten. En concreto, trátase dos supostos en que os estranxeiros infractores se atopen nalgunha das situacións que considera o art. 57.5 e 6 da LOEX: nados en España que residiran legalmente nos últimos cinco anos; residentes permanentes; españois de orixe que perdesen a nacionalidade española; beneficiarios dunha prestación por incapacidade permanente para o traballo como consecuencia de accidente de traballo ou unha enfermidade profesional acontecidos en España; perceptores dunha prestación contri-

165. De acordo co art. 55.2 da LOEX a autoridade competente para impoñer as sancións, incluída a de expulsión, é o Subdelegado do Goberno ou o Delegado do Goberno na Comunidades Autónomas uniprovinciais, o cal constitúe un cambio importante respecto da Lei de estranxeiría de 1985, en canto á descentralización que supón. En realidade, o art. 55.2 da LOEX limitase a ratificar o que xa establecía a disposición adicional cuarta da Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, que atribuíu as competencias sancionadoras dos Gobernadores Civís aos Delegados do Goberno.

166. Así, STS (Sala do contencioso-administrativo) do 3 de outubro de 2000 (Ar. 8614), relativa á improcedencia da expulsión cando se gozou dunha previa autorización de traballo por conta allea á que segue o despedimento neste e o pase á realización de actividades por conta propia.

167. Sobre iso insiste a doutrina contencioso-administrativa do Tribunal Supremo, para a cal non constitúe motivación abonda a reprodución dos preceptos legais que recollan a posibilidade de sancionar coa expulsión. É nula a resolución de expulsión que non motiva esta e adóptase sen que o expedienteado tivera a oportunidade de formular alegacións; así, entre outras, sentenzas do Tribunal Supremo do 14 de abril, 27 de maio e 3 de xuño de 1997.

butiva de desemprego ou económica asistencial de carácter público destinada a lograr a súa inserción ou reinserción social ou laboral; cónxuxe, ascendentes ou fillos menores ou incapacitados que estean a cargo dos estranxeiros anteriormente mencionados que residiran legalmente en España durante máis de dous anos e, por último, á marxe de toda condición de arraigamento tampouco, mulleres embarazadas cuxa saúde ou xestación poida poñer en perigo a expulsión. Sen prexuízo diso, a resolución de expulsión pode ser obxecto de suspensión por diversos motivos que o Tribunal Supremo agrupou segundo que se refiran a circunstancias de carácter persoal, familiar, económico ou laboral¹⁶⁸.

Distinta da expulsión é a *devolución*; de feito, esta non é unha sanción. Trátase dunha medida a adoptar en relación coas persoas que foron expulsadas e contraveñen a prohibición de entrada en España ou que son interceptadas polas autoridades pretendendo entrar ilegalmente en territorio español [art. 58.2 a) e b) da LOEX]. Á parte das diferenzas de carácter substantivo existen outras de carácter procedimental; a devolución non precisa a tramitación dun expediente de expulsión (art. 58.3 da LOEX). Por último, non teñen os mesmos efectos en orde á prohibición de entrada en territorio español¹⁶⁹.

Con carácter xeral, a normativa de estranxeiría distingue varias modalidades de procedementos administrativos sancionadores, cuxo emprego dos cales depende do tipo de infracción cometida¹⁷⁰. Tales procedementos son: o ordinario¹⁷¹, o preferente¹⁷², e o simplificado¹⁷³; así mesmo, deben terse en conta as normas procedimentais específicas para a imposición da expulsión¹⁷⁴ e para a imposición de multas¹⁷⁵ que complementan

168. Entre os supostos que deron lugar á suspensión da expulsión por motivos relacionados con razóns de carácter *persoal* figuran: o abandono dos estudos comezados, a non interrupción da preparación académica do solicitante, ter este fillos escolarizados, a convivencia estable en España con familiares ou compañeiros (en concreto, vivir cunha irmá nunha vivenda alugada pola interesada e ter noivo de nacionalidade española), convivir durante un período determinado cun español ou a convivencia do interesado durante varios anos cunha compañeira que sufraga os seus gastos de estanza en España. Considérase que son razóns *familiares* suficientes para os efectos da comentada suspensión: non comprometer ou destruír a convivencia conxugal dos esposos, o estar casado cun nacional español aínda que medie separación matrimonial, estar casado cunha estranxeira con residencia legal en España coa que se teñen fillos de curta idade, vivir coa nai que posúe autorización de traballo e de residencia en España, ter avós en España de idade avanzada e enfermos. Polo que se refire ás razóns de carácter económico, cabe mencionar a acreditación de suficientes medios económicos, administrar negocios de hostalaría, rexentar un local de bebidas alcohólicas ou de hostalaría en réxime de propiedade ou ser accionista dunha sociedade mercantil con sede en España. Por último, entre as razóns *laborais* admitiuse traballar como axente de publicidade percibindo as remuneracións correspondentes e traballar nunha inmobiliaria de propiedade estranxeira vendendo ou alugando apartamentos e créndose que a situación laboral estaba legalizada.

169. Cfr. art. 58.1 e 6 da LOEX

170. Un exame dos aludidos procedementos en J. R. MERCADOR UGUINA e C. TOLOSA TRIBIÑO: "Problemas y lagunas del Reglamento de ejecución de la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Relaciones Laborales*, II, 2001, páx. 946.

171. Arts. 122 a 129, ambos os dous incluídos, do REX

172. Arts. 130 a 134, ambos os dous incluídos, do REX

173. Arts. 135 a 137, ambos os dous incluídos, do REX

174. Arts. 138 a 141, ambos os dous incluídos, do REX. Sen prexuízo da aplicación das indicadas normas, téñase en conta que o procedemento a seguir para a tramitación do expediente de expulsión será o "preferente" cando esta pretenda aplicarse por algunha das infraccións previstas no art. 53.a), d) e f) e no art. 54.1.a) e b) da LOEX (véxase art. 130 do REX) e, nos demais casos, o ordinario.

175. Arts. 144 a 147, ambos os dous incluídos, do REX.

os dous primeiros. Precisamente, a estas últimas normas haberá que estar nos casos en que o empregador incorra en responsabilidade administrativa pola utilización de traballadores estranxeiros sen as autorizacións correspondentes.

II. A INTERVENCIÓN DA INSPECCIÓN DE TRABAJO E SEGURIDADE SOCIAL

A maior parte das infraccións en materia de estranxeiría tipifícanse na LOEX. Nela inclúense as condutas infractoras dos empresarios, dos propios traballadores estranxeiros e dos transportistas. Máis reducido é o papel da LIS, limitado, actualmente, polo que concirne ás infraccións en materia de permisos de traballo de estranxeiros (art. 37), ás condutas que non teñan equivalente nos arts. 52, 53 e 54 da LOEX.

Na súa función de vixilancia e esixencia do cumprimento das leis e regulamentos en materia de emigración, movementos migratorios e traballo de estranxeiros (art. 3.1.4.2 da LIT), a Inspección de Traballo e Seguridade Social vén realizando un control da economía irregular e, en particular, do traballo dos estranxeiros, constituído por actuacións cuxo crecemento anual revelan, de forma clara, os datos estatísticos publicados pola Inspección de Traballo e Seguridade Social¹⁷⁶. Tales actuacións concéntranse nos sectores caracterizados pola presenza dun maior número de traballadores estranxeiros, como o comercio, a construción, a hostalaría e os servizos profesionais. Todos eles concentran o 67,4 por cento das actuacións e o 61,2 por cento das infraccións recollidas en actas levantadas pola Inspección.

Partindo dos sucesivos informes anuais da Inspección¹⁷⁷, estudáronse os seguintes aspectos: 1) número de actuacións levadas a cabo por aquela en Galicia; 2) número de infraccións derivadas delas; 3) importe das sancións impostas; e 4) número de traballadores afectados.

1. En Galicia (ano 2008)

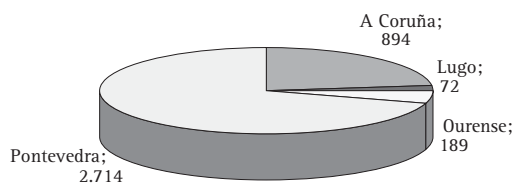
A) *Número de actuacións practicadas*

Das 4.317 actuacións practicadas en materia de estranxeiría no ano 2008 pola Inspección de Traballo e Seguridade Social en toda Galicia, a gran maioría centráronse na provincia de Pontevedra. Trátase de 2.714 actuacións, isto é, un 70,14 por cento do total das realizadas na Comunidade Autónoma. Tales actuacións traducíronse en 197 actas de infracción (o 45,28 por cento do total). No extremo contrario sitúase a provincia de Lugo, con 72 actuacións, que, curiosamente, deron lugar a unha proporción moito máis alta de actas de infracción, 37 (el 8,50 por cento del total). Na Coruña aparecen 894 actuacións e 152 actas de infracción (el 34,94 por cento del total) e en Ourense 189 actuacións e 49 actas de infracción (el 11,26 por cento del total).

176. http://info.mtin.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/estadisticas.html_874595337.html

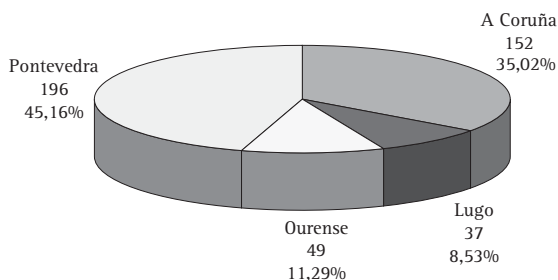
177. http://info.mtin.es/itss/web/Que_hacemos/Estadisticas/index.html

Número de actuacións da Inspección de Traballo en materia de estranxeiría. Por provincias. 2008



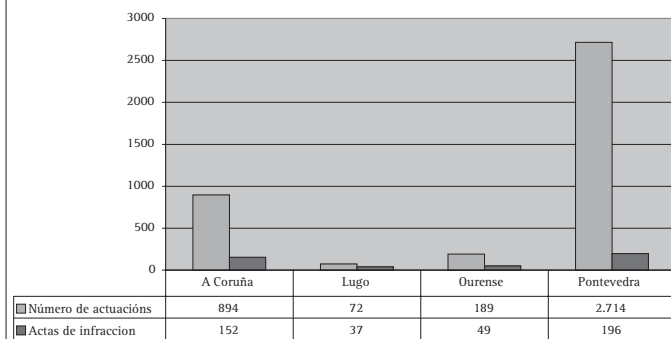
CADRO 1. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.

Actas de infracción en materia de estranxeiría. Por provincias. 2008



CADRO 2. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.

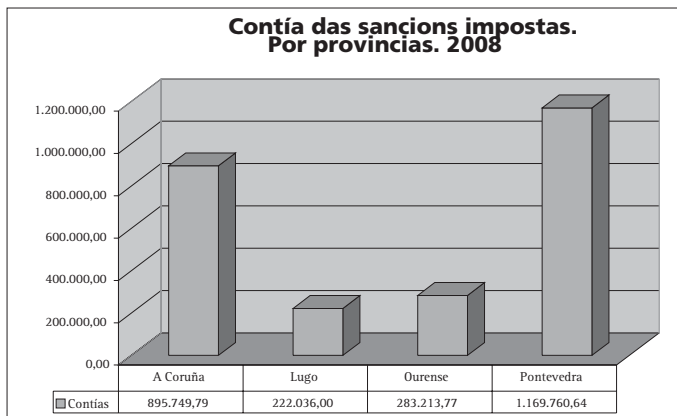
Proporción actuacións practicadas/actas de infracción. Por provincias. 2008



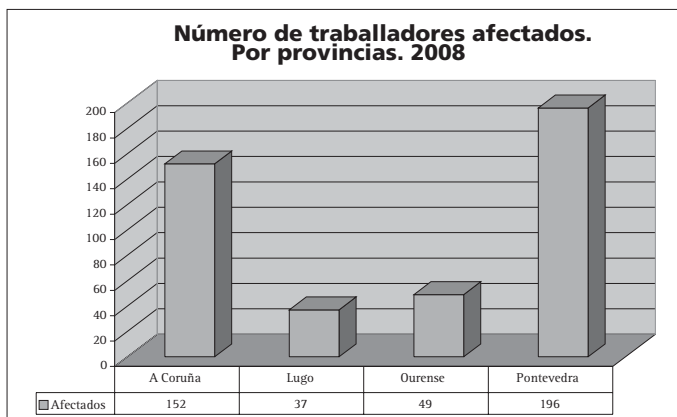
CADRO 3. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de septiembre de 2008.

B) Sancións

As sancións impostas no ano 2008 alcanzaron o importe de 2.570.760,20 euros en toda Galicia. Deles, como era de esperar, polo número de actuacións practicadas e actas levantadas, o 45 por cento (1.169.760,64 euros) corresponden á provincia de Pontevedra. Séguenlle a provincia da Coruña, co 35 por cento (895.749,79 euros), a de Lugo, con case o 9 por cento (222.036,00 euros) e Ourense, co 11 por cento (283.213,77 euros).



CADRO 4. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.



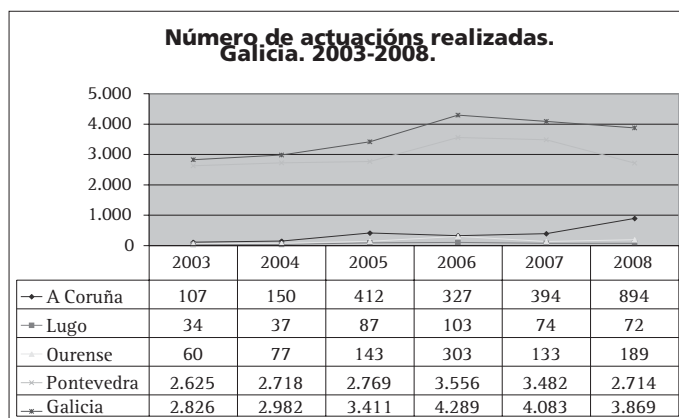
CADRO 5. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.

2. Evolución das actuacións no período 2003-2008

A) Consideracións xerais

O número de actuacións da Inspección de Traballo e Seguridade Social en Galicia incrementouse no período estudado en todas as provincias, especialmente na Coruña, onde ten lugar o maior incremento (case nove veces), e Ourense (onde se triplicou). Sen prexuízo desa liña de crecemento, destaca o descenso que se ven producindo en todas as provincias, salvo A Coruña, desde 2006.

A evolución do número de actuacións practicadas pola Inspección de Traballo e Seguridade Social no período 2003-2008 e en cada unha das catro provincias pode apreciarse no cadro seguinte.

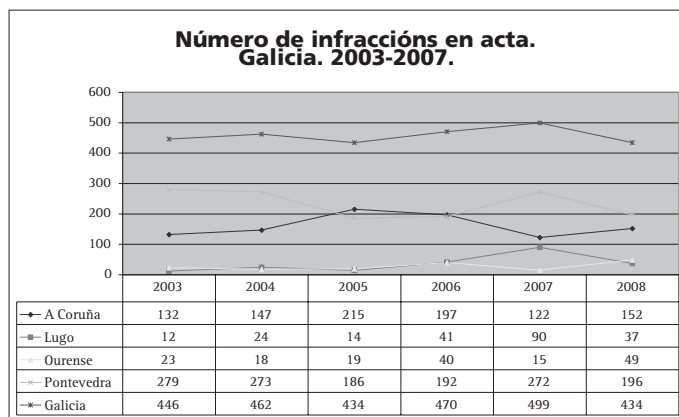


CADRO 6. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008

B) Número de infraccións "en acta"

Resulta notable e chama a atención a evolución que rexistra o número de infraccións en acta na provincia de Ourense. Despois de acusar un pronunciado ascenso no ano 2006 con respecto aos dous anos anteriores, nos que foi inferior a 20, volve descender, de novo, no ano 2007, no que se sitúa en 15, que representa o máis baixo das catro provincias, para volver a situarse, no ano 2008, case no mesmo nivel de 2006.

En posición oposta sitúase Lugo, onde o número de infraccións incrementouse significativamente no ano 2007, ao pasar dun total de 40 a 90 infraccións, para sufrir, en 2008, un considerable descenso, ata a cifra de 37 actuacións da Inspección.



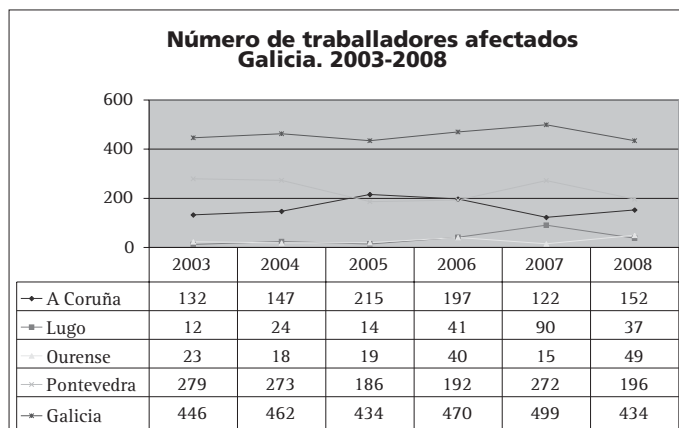
CADRO 7. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008

C) Número de traballadores afectados polas infraccións

O exame do número de traballadores afectados en Galicia pola actuación da Inspección de Traballo e Seguridade Social en materia de estranxeiría pon de manifesto, no período contemplado (2003-2008), a evolución á alza de dito número no conxunto da Comunidade Autónoma, para situarse, ao final de dito período, exactamente ao mesmo nivel que en 2005. O crecemento experimentado nos anos anteriores veu motivado pola situación que presentaban as provincias de Lugo e Pontevedra. Na primeira delas, o crecemento, que é constante desde o ano 2003, acusa a súa maior subida nos anos 2006 y 2007, nos que se duplica o número de traballadores afectados en relación cos anos inmediatamente anteriores. En Pontevedra, o número de traballadores afectados polas infraccións, que diminúe, de forma clara, no ano 2005 con respecto aos anteriores, remonta no ano 2007, aínda que no alcanza os niveis rexistrados nos anos 2003 y 2004. Non obstante, no ano 2008 ambas as dúas provincias experimentan un notable retroceso, especialmente significativo na de Lugo, que pasa a rexistrar só 37 traballadores afectados fronte aos 90 no ano anterior. Na provincia de Pontevedra, pasa a 196 traballadores afectados fronte aos 272.

Nas provincias da Coruña e Ourense, o resultado de 2008 mostra un incremento do número de traballadores afectados, en contra do sucedido nos anos anteriores. Na Coruña, tras rexistrarse unha tendencia á alza desde o 2003 e alcanzarse o maior número de traballadores afectados no ano 2005, cando, curiosamente, en cada unha das restantes diminuíu, non deixou de diminuír dende entón e ata 2008; no ano 2007 resultou significativamente inferior ao de cada un dos anos anteriores. A situación correspóndese co dato relativo ao número de infraccións rexistradas na provincia, que no ano 2007 tamén é inferior ao de 2006, a pesar do incremento do número de actuacións inspectoras realizadas en comparación cos anos anteriores. En Ourense, o número de traballadores afectados experimenta no ano 2007 un significativo retroceso

con respecto ao ano 2006, no que os traballadores afectados foron máis do dobre; é probable que este dato sexa debido a que, neste último ano, case se triplicou o número de actuacións inspectoras na provincia. No 2008 o número de traballadores afectados pola actuación inspectora incrementouse ata unha cifra superior á rexistrada en calquera dos anos anteriores.



CADRO 8. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.

3. En comparación coas demais Comunidades Autónomas

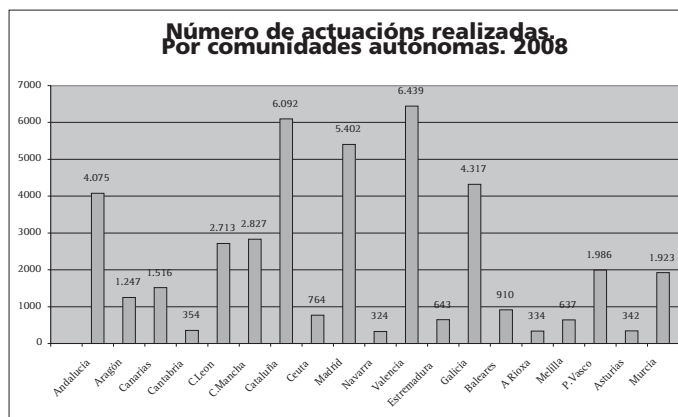
A) Número de actuacións

O maior número de actuacións inspectoras en materia de estranxeiría corresponde á Comunidade Valenciana, con 6.439, seguida de Cataluña e Madrid, con 6.092 y 5.402, respectivamente. Galicia, coas súas xa coñecidas 4.317, ocupa o cuarto lugar, superando a Andalucía en 242 actuacións. O último posto ocúpao Navarra, con 324. Ademais da Asturias (con 342 actuacións), Galicia tamén supera en número de actuacións as restantes Comunidades Autónomas do norte de España; isto é, a Cantabria (354 actuacións) e País Vasco (1.986 actuacións).

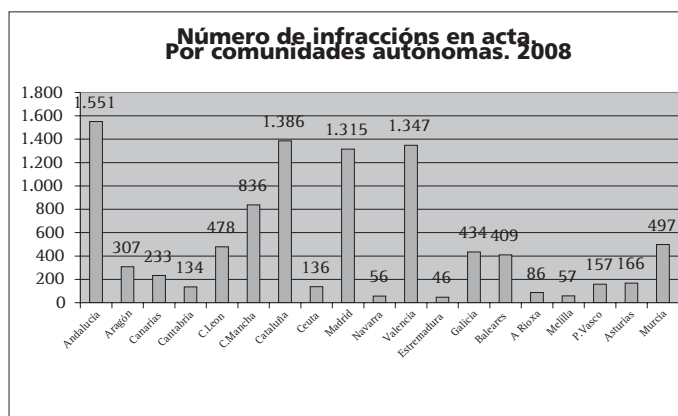
B) Número de infraccións "en acta"

Aínda que a Comunidade Valenciana ocupa o primeiro posto en canto a número de actuacións realizadas, é Andalucía a que máis infraccións en acta rexistra, con 1.551. Séguenlle Cataluña, Valencia e Madrid con 1.386, 1.347 e 1.315, respectivamente. Galicia ocupa o oitavo lugar, con 434 infraccións, precedida por Castela a Mancha, Murcia e Castela- León, con 836, 497 e 478 infraccións, respectivamente.

Con un número de infraccións inferiores ás rexistradas en Galicia, figuran, entre outras, as Comunidades Autónomas do norte peninsular: Cantabria (134), País Vasco (157) e Asturias (166). Cos índices máis baixos sitúanse Melilla (57), Navarra (56) e, en último lugar, Estremadura (46).



CADRO 9. Fonte: Informe anual da Inspección de Trabajo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia.

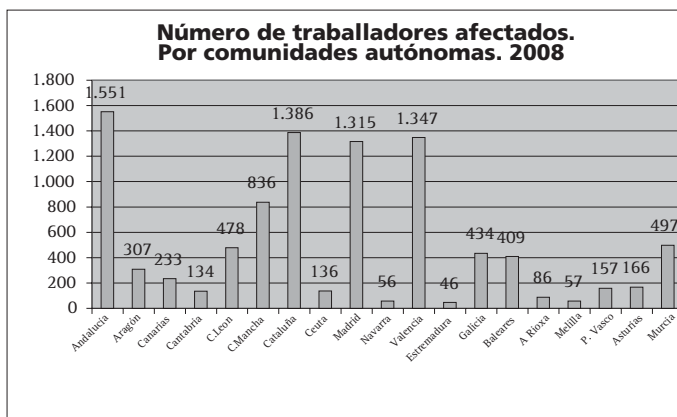


CADRO 10. Fonte: Informe anual da Inspección de Trabajo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.

C) Número de traballadores afectados por infracción

O número maior de traballadores afectados pola actuación inspectora corresponde a Andalucía, con 1.551, seguida, xa a gran distancia, por Cataluña, 1.386 traballadores. Galicia sitúase nunha posición intermedia, ocupando a oitava posición, con 434 traballadores; tamén é a Comunidade Autónoma do norte de España con maior número de traballadores afectados, por enriba de Asturias (166), Cantabria (134) e País Vasco (157), o que garda correspondencia coa xa indicada circunstancia de que supera as devanditas Comunidades Autónomas no número de actuacións inspectoras.

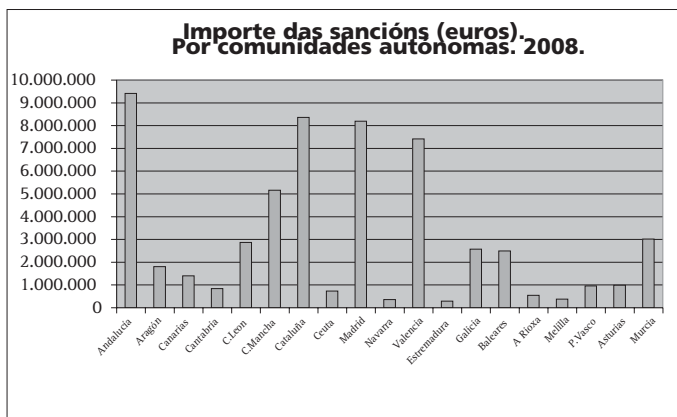
A pesar de ocupar o sexto lugar en canto ao número de actuacións inspectoras, Galicia descende ao oitavo no que concirne ao número de traballadores afectados.



CADRO 11. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.

D) *Importe das sancións*

Galicia descende aquí ata o oitavo posto. Cun importe total de 2.570.760,20 euros, sitúase por detrás de Andalucía (9.410.088,88 euros), Cataluña (8.352.050,09 euros), Madrid (8.193.270,49 euros), Valencia (7.415.065,93 euros), Castela a Mancha (5.162.218,91 euros), Castela León (2.867.479,96 euros) e Murcia (3.011.048,16 euros). Fronte ás cifras do ano anterior, Galicia adianta agora no importe das sancións a outras comunidades autónomas como Baleares (2.488.573,36 euros). En relación coas demais Comunidades Autónomas do norte de España, Galicia volve a superar a Asturias (988.606,54 euros), Cantabria (834.452,86 euros) e País Vasco (957.260,13 euros), onde, lémbrese, o número de actuacións inspectoras tamén foi menor.



CADRO 12. Fonte: Informe anual da Inspección de Traballo e Seguridade Social 2008 (Convenios 81 e 129 da OIT). Elaboración propia. Datos a 30 de setembro de 2008.

III. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS PROPIOS TRABALLADORES (ASALARIADOS E AUTÓNOMOS)

Á parte do empresario e das persoas que interveñen no tráfico de emigrantes, tamén os traballadores estranxeiros poden incorrer en responsabilidade administrativa por prestar servizos sen contar coas preceptivas autorizacións de residencia ou traballo, por conta allea ou propia. A devandita responsabilidade tamén figura regulada na LOEX, cuxos arts. 52 e 53 tipifican, respectivamente, as condutas daqueles constitutivas de infracción leve ou grave. É infracción leve, sancionable con multa de ata 300 euros [art. 55.1.a) da LOEX], a omisión ou o atraso na comunicación ás autoridades españolas dos cambios de nacionalidade, de estado civil ou de domicilio, así como doutras circunstancias determinantes da situación laboral cando a normativa aplicable as esixa [arts. 52.a)]; pode incorrer en ela, o estranxeiro que non comunica á autoridade competente as modificacións relativas á súa situación laboral que teñan transcendencia para os efectos do tipo de autorización requirida. Igual tipo de infracción constitúe a prestación de servizos por conta propia cando se careza da preceptiva autorización de traballo e se conte "con permiso de residencia temporal" [art. 52.c)]; en cambio, se falta este ou, en termos do art. 53.b), cando o estranxeiro non dispoña de "autorización de residencia válida", a referida prestación de servizos pasa a constituir a infracción grave que tipifica este último precepto, tanto se o traballo é por *conta propia* como por *conta allea*. Tal infracción é sancionable con multa de 300 a 6.001 euros [art. 55.1.b) da LOEX] ou coa expulsión, se así decídeo o órgano competente para sancionar [art. 57.1 da LOEX].

IV. RESPONSABILIDADE PENAL

1. Réxime xurídico

A norma de referencia é o Código Penal, do que interesan aquí os seus títulos XV e XV bis. O primeiro, dedicado aos delitos contra os dereitos dos traballadores en xeral, inclúe, no seu art. 312.2, un tipo penal no que ten relevancia especial a condición de estranxeiro do suxeito pasivo. O segundo ("delitos contra os dereitos dos cidadáns estranxeiros"), introducido pola disposición final segunda da Lei orgánica 4/2000, inclúe como delito un comportamento directamente relacionado co tráfico ilegal de persoas.

De acordo co citado art. 312.2¹⁷⁸, serán castigadas con penas de prisión de dous a cinco anos e multa de seis a doce meses as persoas que empreguen súbditos estranxeiros *sen autorización de traballo* "en condicións que prexudiquen, supriman ou restrinxan os dereitos que tivesen recoñecidos por disposicións legais, convenios colectivos ou contrato individual". O suxeito activo da conduta é, necesariamente, un empregador e o suxeito pasivo un traballador estranxeiro¹⁷⁹. Polo demais, o com-

178. Modificado pola Lei orgánica 4/2000, cuxa disposición final primeira agravou, de forma importante, as penas susceptibles de ser impostas ao suxeito activo, que pasou de ser prisión de seis meses a tres anos e multa de seis a doce meses a prisión entre dous e cinco anos.

179. O antecedente directo do precepto se atopa no art. 499 bis do Código Penal de 1973, que castigaba ás persoas que a través de maquinacións ou procedementos maliciosos impuxese aos traballadores ao seu servizo condicións laborais ou de seguridade social contrarias aos dereitos que estes tivesen recoñecidos por

portamento descrito resulta moi parecido ao tipificado como infracción administrativa no art. 54.1.d) da LOEX; isto é, a contratación de traballadores estranxeiros sen autorización de traballo. Non obstante, a pesar das similitudes, non se está ante o mesmo comportamento. A comisión dun delito implica unha maior gravidade e, por iso, a sanción supera o meramente pecuniario, a diferenza do que acontece no caso das infraccións administrativas. Certamente, o traballador estranxeiro contratado sen autorización de traballo experimenta unha restrición dos seus dereitos dende o momento en que vese privado, entre outras cousas, da cobertura que ofrece o sistema de seguridade social, pois non é posible formalizar o seu aseguramento se non conta coa referida autorización. Así as cousas, podería entenderse que a conduta patronal encaixaría sempre no tipo penal, devindo superfluo, polo tanto, o art. 54.1.d) da LOEX. Trátase, non obstante, dunha conclusión equivocada, pois a liña divisoria entre a infracción administrativa e o delito vén determinada polo maior prexuízo, o nivel superior de supresión ou restrición de dereitos que ha de engadirse ao que, de por si, xa produce a contratación á marxe da correspondente autorización administrativa¹⁸⁰. A gravidade da conduta que tipifica o art. 312.2 do CP vén dada pola imposición de condicións laborais que prexudiquen, supriman ou restrinxan os dereitos que os traballadores teñen recoñecidos por disposicións legais, convenios colectivos ou contrato individual, de modo que cando o empregador recibe a prestación de servizos ofrecendo ao estranxeiro as condicións de traballo previstas no ordenamento incorrerá, non naquela conduta, senón na infracción administrativa tipificada no art. 54.1.d) da LOEX¹⁸¹. A aplicación do precepto do CP queda reservada para os casos en que a contratación sen autorización de traballo se leve a cabo abusando da situación de necesidade do traballador estranxeiro e impoñéndolle unhas condicións claramente inferiores a aquelas que lle correspondan.

Ademais da conduta xa salientada, o art. 312.2 do CP tamén tipifica como delito o comportamento consistente en recrutar persoas ou determinalas a abandonar o seu posto de traballo a cambio dun emprego ou de condicións de traballo enga-

disposicións legais ou convenios colectivos. Ao igual que na conduta do art. 312.2 do CP, o suxeito pasivo da considerada no mencionado art. 499 bis era, tamén aínda que entón non se precisase, o traballador estranxeiro, abstracción feita da súa situación administrativa, como confirmou e a STS (Sala do Penal) do 30 de xullo de 2000 (Ar. 6081), que rexeitou que aquel precepto só amparase aos traballadores que contasen cunha situación administrativa regular, pois admitilo, ademais de abrir unha porta á contratación de traballadores irregulares caracterizada pola total impunidade, comprometería "valores inherentes á persoa, tales como a dignidade que non coñece fronteiras".

180. Neste sentido, véxase M. TARABINI- CASTELLANI AZNAR: *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2001), pág. 335. Cfr. P. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2004), pág. 153.

181. A comisión do delito esixe a demostración do dolo do autor, no sentido de que este, sabedor de que o traballador irregular non pode reclamar ante os organismos administrativos competentes pola súa situación, se aproveita diso para incumplir as mínimas condicións e garantías laborais aplicables na actividade. Explicase entón a solución dalgunha sentenza, como a da Audiencia Provincial de Xirona do 26 de setembro de 2000, que remata por considerar que a conduta do empresario, aínda que puidese ser considerada infracción administrativa moi grave, non era constitutiva de delito, pois este sempre pagara puntualmente ao traballador o pactado, corraa cos gastos dun accidente de traballo que sufrira e, ademais, levava a cabo as xestións para tramitar o correspondente permiso de traballo.

nosas ou falsas. Non se formulan neste caso problemas de delimitación co cadro de infraccións administrativas previsto pola LOEX; a conduta tipificada non se solapa con ningunha delas. Por outro lado, o suxeito activo xa non é necesariamente un empresario¹⁸². En canto ao suxeito pasivo, pode ser un traballador que abandona o seu traballo en busca de mellores condicións laborais ou unha persoa inactiva á que se convence para desenvolver unha actividade en condicións inferiores ás aplicables de acordo coa normativa laboral¹⁸³. Aínda que a nacionalidade do suxeito pasivo non é, con carácter xeral, elemento da conduta constitutiva do delito, que un estranxeiro pode ser o afectado por este xustifica o seu tratamento aquí¹⁸⁴.

O engano consiste en facer crer alguén, con palabras ou de calquera outro modo, algo que non é verdade. No ámbito laboral e polo que interesa para os efectos do 312.2 do CP, engano é toda actitude ou maquinación fraudulenta por parte do empresario destinada a orixinar o erro no traballador respecto das condicións ou dereitos que o ordenamento laboral e de seguridade social lle recoñecen. Doutro lado, o abuso de situación de necesidade é calquera clase de aproveitamento ou uso excesivo ou indebido da especial posición de forza do empregador no ámbito das relacións laborais ao que vai aparelhada a súa actitude coactiva que, aproveitando no seu propio beneficio aquela situación, impón condicións ilegais en contra da vontade do traballador. A imposición supón o sometemento da vontade do traballador en relación coa súa situación profesional, sendo un dato clave para considerar que existe que se suprima a liberdade deste no momento da contratación¹⁸⁵.

A pesar do parecido entre a conduta do art. 312.2 *in fine* e a do art. 311.1, que tipifica como delito impoñer aos traballadores condicións laborais ou de seguridade social que prexudiquen, supriman ou restrinxan os dereitos que teñan recoñecidos por disposicións legais, convenios colectivos ou contrato individual¹⁸⁶, existe unha

182. Suxeito activo pode ser calquera, pois calquera pode convencer a outro ou outros para que abandonen o seu posto de traballo, enganándoos sobre a súa capacidade para conseguirlles un novo con mellores condicións. Véxase F. NAVARRO CARDOSO: *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1998), pág. 89.

183. A doutrina non é unánime neste punto. Para algúns autores, é ingrediente do comentado tipo penal a existencia dunha previa relación laboral que se abandona como consecuencia do engano ao que se é sometido. Neste sentido, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Comentario del artículo 312" [do CP], en AAVV. (M. Bajo Fernández, dir.) *Compendio de Derecho penal*, Vol.II, Ceura (Madrid, 1998), pág. 642. Outros autores, entenden, en cambio, que aquel tipo comprende tanto se o comportamento descrito se observa respecto a unha persoa que xa estaba empregada con anterioridade e, debido ao engano, abandona o posto de traballo que viña ocupando, como respecto de un desempregado. Véxase A. BAYLOS e J. TERRADILLOS: *Derecho penal del trabajo*, 2ª edición, Trotta (Madrid, 1997), pág. 90; L. RUEDA GARCÍA: "Delitos contra los derechos de los trabajadores (I): artículos 311, 312, 313 y 318 del Código Penal", en AAVV. (B. da Roseira Blasco, dir.), *Empresas y Derecho penal* (I), Cuadernos de Derecho xudicial (Madrid, 1999), pág. 253.

184. Mediando a referida afectación, adquiren relevancia, dende o punto de vista de considerar incluída no tipo a conduta constitutiva do recrutamento de persoas, a captación no país de orixe, a promesa dun rápido enriquecemento e dunha mellora das condicións de vida. Cfr. sentenza Audiencia Provincial de Córdoba do 6 de xullo de 2001.

185. Sentenzas da Audiencia Provincial de Cádiz do 13 de xaneiro e de Xirona do 26 de setembro de 2000.

186. O ben xurídico protexido aquí non é único, senón plural. O art. 311.1 do CP pretende tutela a seguridade xurídica do traballador, a estabilidade do mercado laboral e as lexítimas expectativas dos traballadores que legalmente reúnen as condicións para acceder ao emprego. Neste sentido Sentenzas da Audiencia Provincial de Cádiz do 12 de setembro de 2000 e de 27 de xullo e 27 de setembro de 1999.

importante diferenza entre elas, relativa ao suxeito pasivo. Mentres que na primeira conduta (a do art. 312.2 CP *in fine*) o suxeito pasivo necesariamente ha de ser un traballador estranxeiro sen autorización de traballo, na segunda conduta pode ser tanto un traballador español como un traballador estranxeiro, o cal haberá de contar, en calquera caso, con autorización de traballo, pois, pola contra, o precepto a aplicar sería o art. 312.2 do CP¹⁸⁷.

Non rematan nos anteriores os preceptos a considerar no tratamento da responsabilidade penal asociada a cuestións de estranxeiría. Tamén han terse en conta os arts. 312.1, 313 e 318 bis do CP. Polo que respecta ao art. 313, o seu apartado 1 vén configurar un tipo especial respecto do xeral do art. 312.1, que tipifica como delito o tráfico ilegal de man de obra. En concreto, aquel castiga con penas de prisión de dous a cinco anos e multa de seis a doce meses aos que promovan ou favorezan por calquera medio "a inmigración clandestina de traballadores a España." O delito enténdese cometido cando se leve a cabo unha actividade dirixida a facilitar traballo a estranxeiros residentes fóra de España e carentes dos requisitos esixidos pola lexislación española, sen que teña especial transcendencia xurídico-penal o lugar dende onde se inicia a viaxe para entrar no territorio nacional¹⁸⁸. O suxeito activo pode ser calquera persoa, incluído un empregador. Non é necesario que concorra engano nin que a conduta se leve a cabo maliciosamente; tampouco que se cause algún prexuízo aos traballadores afectados. Si a é, en cambio, a clandestinidade na acción. O suxeito pasivo é o traballador, concepto amplo que comprende a quen teña a consideración legal de traballador por conta allea ou propia, tanto de forma actual como potencial¹⁸⁹. Resulta suficiente que o obxectivo da viaxe sexa o desenvolvemento dunha actividade laboral á marxe dos controis administrativos previos relativos á entrada en España ou ao desenvolvemento da propia actividade; así mesmo, é irrelevante que se iniciara ou non a súa realización.

187. Tal é a conclusión á que conduce, ao noso xuízo, a interpretación sistemática da norma. Non obstante, o Tribunal Supremo considerou, en sentenza do 29 de marzo de 2004 (Ar. 3424), que o equivalente hoxe ao art. 311.1 do CP, o art. 499 bis do anterior Código Penal, protexe toda relación de prestación de servizos, abstracción feita de que o contrato de traballo sexa válido ou nulo, así como abstracción feita de que se trate dun traballador estranxeiro en situación legal ou ilegal, pois, pola contra, se daría unha "patente de inmunitade" fronte aos que contratan emigrantes conscientes da súa situación ilegal.

188. Trátase dun matiz importante. No caso de inmigración clandestina dende Ceuta, o razoamento de que os traballadores afectados xa estaban en España e, polo tanto, a conduta non encaixaba no art. 313.1 do CP, que require traer "traballadores a España", tivo oportunidade de ser rexeitado polo Tribunal Supremo. Para este, a aplicación do devandito precepto procede tanto cando a viaxe se inicia fóra de España co proxecto do estranxeiro de establecerse en España, como cando España é, simplemente, un lugar de paso e o destino final resulta ser calquera outro Estado da Unión Europea. Neste sentido, véxanse sentenzas (Sala do Penal) do 3 de febreiro de 1998 (Ar. 645) e do 16 de xullo de 2001 (Ar. 7668). Tamén STS (Sala do Penal) do 16 de outubro de 2003 (Ar. 7478) e sentenzas da Audiencia Provincial de Cádiz do 20 de marzo, 30 de setembro e 14 de novembro de 2003 (JUR 158580, 244412 e 71984, respectivamente).

189. Pono de manifesto a Circular da Fiscalía Xeral do Estado, núm. 1/2002, do 19 de febreiro, para a cal a condición de traballador, para os efectos do art. 313.1 do CP, concorre tanto en quen conta xa cun posto ou contrato de traballo coma en quen entra en España coa intención de buscar traballo. A iguais efectos, non é preciso que se consiga de modo efectivo a entrada en territorio español nin, moito menos, a posterior obtención dun posto de traballo.

O mesmo art. 313 do CP castiga con igual pena (prisión de dous a cinco anos e multa de seis a doce meses), no seu apartado 2, a conduta de quen simule un contrato ou colocación ou use "outro engano semellante" para determinar ou favorecer "a emigración dalgunha persoa a outro país". É probable que o suxeito activo poida ser calquera persoa que simule a súa condición de empregador para promover que o suxeito pasivo abandone o país no que se atopa e vaia a outro.

Tanto a conduta prevista no art. 313.1 como a prevista no art. 318 bis, ambos os dous do CP, mostran bastantes similitudes coa contida no art. 54.1.b) da LOEX. Neste sentido, é inevitable precisar de que depende que se estea ante un ou outro dos delitos que tipifican os devanditos preceptos do CP e como se distinguen aqueles da infracción administrativa. Comezando polo primeiro, entre o art. 313.1 e o art. 318 bis do CP existe unha diferenza clara que se descobre reparando no suxeito pasivo da conduta. Mentres que o art. 313.1 tipifica como delito a promoción ou o favorecemento da inmigración clandestina de *traballadores a España*, o art. 318 bis refírese á promoción, o favorecemento ou a facilitación do tráfico ilegal ou da inmigración clandestina de *persoas*, directa ou *indirectamente*¹⁹⁰, "dende, en tránsito ou con destino a España, ou con destino a outro país da Unión Europea".

O art. 318 bis do CP castiga unha conduta de mera actividade que se consuma pola realización das variadas actuacións que abranguen as expresións promoción, favorecemento ou facilitación de tráfico ilegal de persoas que dalgún xeito viaxen, se dirixan ou saian, ou intente viaxar, dirixirse ou saír, cara a ou dende España, sendo irrelevante que a operación de que se trate quede frustrada por algunha causa allea á vontade de suxeito que realice aquelas actuacións, como é a posible intervención policial¹⁹¹. Agora ben, cando as persoas que viaxan a España o fan coa *intención de traballar*, o precepto a aplicar deixa de ser aquel e pasa a ser o art. 313.1. Esta resulta de aplicación cando se logre probar que o obxecto da viaxe é o desenvolvemento dunha actividade lucrativa en España¹⁹², en cuxo caso a pena susceptible de ser imposta é, segundo se indicou, menor. Xa no caso do tipo básico do art. 318 bis, que é o previsto no seu apartado 1, que prescinde da valoración da concorrencia de circunstancias que modifiquen a responsabilidade, agravándoa, como o emprego da violencia ou a minoría de idade do suxeito pasivo, a pena é de prisión de catro a oito anos.

En suma, a aplicación do art. 313.1 do CP require que o suxeito pasivo teña a condición de traballador e se promova ou favoreza a inmigración, independentemente de que España constitúa o destino final da viaxe ou se utilice como lugar de tránsito cara a calquera outro Estado da Unión Europea. En cambio, o art. 318 bis está

190. Isto último é froito da modificación que introduciu no precepto a Lei orgánica 11/2003, do 29 de setembro, de medidas concretas en materia de seguridade cidadá, violencia doméstica e integración social dos estranxeiros. Ata entón incorría na conduta tipificada só o que favorecese ou ascendese de forma directa a inmigración clandestina.

191. Cfr. sentenza da Audiencia Provincial de Barcelona do 5 de xaneiro de 2004 (JUR 7954).

192. Así, sentenza da Audiencia Provincial de Álava do 10 de outubro de 2003, segundo a cal o citado precepto, a diferenza do art. 318 bis, "pivota" sobre a idea de favorecer a inmigración clandestina de persoas que veñen a España coa idea de traballar nela, aínda que posteriormente non haxa contrato de traballo.

pensado para ser aplicado en situacións de tráfico irregular de persoas e o ben xurídico protexido é, neste caso, a protección axeitada dos dereitos das persoas estranxeiras que se dirixan ou traten de dirixirse a España, ou estean en tránsito cara a outro Estado da Unión Europea. O primeiro describe unha conduta dirixida contra potenciais traballadores. O segundo, en cambio, contempla as persoas cuxo obxectivo final da viaxe non é o desenvolvemento dunha actividade lucrativa, senón, por exemplo, reagruparse con familiares; así mesmo, ademais, de ter un carácter máis xeral polo que ao suxeito pasivo se refire, prevé un suposto que, aparentemente, non inclúe o art. 313.1, que é aquel no que España se utiliza como lugar de tránsito e non como lugar de destino. Non obstante, esta diferenza desaparece na medida en que a xurisprudencia admite que os termos do citado art. 313.1 tamén inclúen o suposto onde concorra a expresada circunstancia.

Polo que respecta ás diferenzas entre as condutas comprendidas no art. 318 bis do CP e a infracción administrativa do art. 54.1.b) da LOEX, apenas existen. Este describe condutas constituídas por elementos que aparecen tamén naquel, nos seus apartados 1, 3 e 5: "inducir, promover, favorecer ou facilitar (...) a inmigración clandestina de persoas en tránsito ou con destino ao territorio español ou a súa permanencia neste"¹⁹³, con "ánimo de lucro"¹⁹⁴, "individualmente ou formando parte dunha organización". A delimitación entre a infracción ou o delito dependerá, pois, da concorrencia dun "plus" de gravidade na consumación dos feitos, ao que se refiren algúns autores e sobre o que chama a atención a xurisprudencia. A presenza desa maior gravidade é o que permite dar o "salto" do Dereito Administrativo sancionador ao Dereito Penal; aínda así, vistos os elementos que definen o delito e a infracción administrativa, se está ante un labor difícil, a resolver polos tribunais en función das circunstancias concretas do caso.

2. Un apuntamento sobre a xurisprudencia galega

Son poucas as sentenzas posteriores á entrada en vigor da LOEX que abordan a responsabilidade penal por cuestións de estranxeiría. Tan só se puideron localizar ditado cinco sentenzas, das cales tres pertencen á Audiencia provincial da Coruña e dous á de Ourense. Os supostos de feito axuizados refírense, ben ao emprego de traballadores estranxeiros sen autorización de traballo (art. 312.2 do CP), ben á promoción da inmigración clandestina de traballadores (art. 313.1 do CP).

A) *Emprego de traballadores estranxeiros sen o correspondente permiso de traballo*

Sobre as condutas constitutivas deste delito tratan as dúas sentenzas da Audiencia provincial de Ourense, que se centran nos elementos que permiten determinar cando a correspondente conduta empresarial encaixa no art. 312.2 do CP e cando constitúe infracción administrativa. Para a Audiencia, a conduta que castiga o citado precepto é aquela na que o empregador se vale da ausencia de autorización de traballo do estranxeiro para impoñerlle condicións de traballo inferiores ás que lle corresponden de acordo coa normativa

193. Cfr. art. 318 bis, apartado 1.

194. *Ibidem*, apartado 3.

laboral e o propio contrato. Iso esixe comprobar: 1) a efectiva existencia dunha relación laboral entre as partes; e 2) se as condicións realmente aplicadas prexudican, suprimen ou restrinxen os dereitos recoñecidos ao traballador. Respecto a isto último, existen dúas posicións xurisprudenciais atopadas. Para unha, minoritaria, a conduta que tipifica o art. 312.2 do CP consúmase coa soa ocupación de traballadores estranxeiros que carezan de autorización de traballo, pois a imposibilidade de afiliación ou alta na seguridade social que vai unida ao anterior dá lugar, de por si, ao prexuízo, supresión ou restrición de dereitos que contempla aquel. Para a outra, maioritaria, o delito require, ademais, que os traballadores contratados aparezan sometidos a condicións laborais (salario, xornada, seguridade e hixiene, etc.) inferiores ás do resto de traballadores. Este é, precisamente, o criterio que seguen as dous aludidas sentenzas.

A primeira desas sentenzas, do **12 de maio de 2005 (JUR 2005/163338)**, desestima a comisión do delito tipificado no art. 312 do CP polo rexente dun club dedicado á actividade de alterne que contratara para a prestación dos servizos propios da devandita actividade, sen mediar autorización de traballo e alta no correspondente réxime da seguridade social, a dúas estranxeiras. Razona a Audiencia, por un lado, que os dereitos dos traballadores que han de verse suprimidos ou limitados para que exista delito son só aqueles cuxo cumprimento dependa da exclusiva vontade do empresario, categoría na que non entra o incumprimento da obriga de aseguramento na seguridade social, por ser este inesixible respecto ao traballador que careza de autorización de traballo. Por outro, que a principal diferenza entre o ilícito penal e o administrativo reside en que no primeiro se require a imposición ao estranxeiro sen autorización de traballo de condicións de traballo que prexudiquen, supriman ou restrinxan os dereitos que lle recoñezan as disposicións legais, o convenio colectivo ou o contrato de traballo. Sen tal circunstancia, que non puido ser probada no caso de autos, non cabe apreciar unha actuación delituosa. Como observa a sentenza, "o lexislador púidose limitar a fixar, sen máis, o carácter delituoso do emprego de súbditos estranxeiros carentes de permiso de traballo, co que quedasen sancionadas todas as contratacións deses traballadores". Ao non o facer, esa mera conduta só constitúe un ilícito administrativo.

Igual orientación segue a segunda sentenza, do **26 novembro 2004 (JUR 2005/30249)**, que absolve aos acusados dun delito contra os dereitos dos traballadores nun suposto de feito no que concorían as mesmas circunstancias que no da primeira. A Audiencia opta, de novo, pola interpretación restritiva do art. 312.2 do CP e advirte que, a diferenza do art. 311. 1º do CP, no que se fai referencia a "condicións laborais ou de seguridade social", a mención ás "condicións de traballo" que aparece no art. 312.2 ha de entenderse como unha indicación a condicións laborais "en sentido estrito", entre as cales non cabe incluír a falta de alta na seguridade social.

B) *Promoción ou favorecemento da inmigración clandestina de traballadores a España*

Tal é o delito que tipifica o art. 313.1 do CP, respecto ao cal a xurisprudencia realiza unha interpretación ampla do concepto de "traballador", en virtude da cal este non se limita aos supostos que resultan do art. 1.1 e 2 do ET e comprende tamén aos estranxeiros que desexen obter un posto de traballo en España. De non se entender así, aquel precepto do CP carecería de contido, pois, precisamente, a inmigración clandestina realízase por persoas que pretenden obter traballo, non dispoñen da autorización necesaria para iso e, polo tanto, non poden ser considerados legalmente como traballadores (por todas, véxase STS de 30 xaneiro 2003; Ar. 2027).

Máis conflitiva resulta a interpretación da expresión "inmigración clandestina" que utiliza igual precepto. Fronte a algunhas sentenzas que optan por unha interpretación restritiva e formal, existen outras que prefiren prescindir dos formalismos e considerar que a entrada en España, aínda que se efectúe polos postos habilitados ao efecto e cumprindo os requisitos procedimentais, debe ser considerada clandestina se o estranxeiro oculta a súa verdadeira finalidade de traballar en condicións irregulares. Pois ben, a primeira desas interpretacións é seguida pola sentenza da **Audiencia Provincial da Coruña (Sección 2ª) do 28 de setembro de 2006 (JUR 2006/278862)**, que absolve á acusada, de nacionalidade brasileira, dos delitos contra os dereitos dos cidadáns estranxeiros (art. 318.bis. 1, 3 e 4 do CP) en concurso co delito contra os dereitos dos traballadores tipificado no art. 313.1 do CP. A aquela, traballadora dun club de alterne de Cedeira, imputáraselle favorecer a inmigración ilegal das súas dúas irmás, ás que, tras indicarlles "as posibles expectativas de traballo en España", lles pagou un billete de avión e os cincocentos euros que necesitaban para entrar como turistas. Tales familiares remataron traballando no mesmo club que a acusada dende a mesma noite da súa chegada.

Chama a atención a contundencia con que a Audiencia desestima as acusacións e destaca a ausencia de toda ilegalidade e clandestinidade no acto de entrada en España. Para a sentenza, "aínda cando puidera existir algunha actividade de favorecemento da inmigración en ningún momento foi clandestina, entendido no sentido de ilegal, subrepticio ou oculto mediante o uso de medios de ocultación [ou] entrando por lugares inadecuados e indebidos". Pola contra, as referidas mulleres entraron en España "por paso fronteirizo habilitado ao efecto, en avións de liña comercial, pasando con normalidade os controis aduaneiros e fronteirizos e puideron viaxar libremente por territorio nacional".

Segue a segunda das interpretacións indicadas, en cambio, a sentenza de igual **Audiencia Provincial (Sección 6ª), do 19 de maio de 2006 (ARP 2007/48)**, que considera, citando a STS (Sala do Penal) do 8 de xuño de 2005¹⁹⁵, que o

195. Ar. ano 2007, ref. 2262.

art. 313.1 do CP non castiga exclusivamente a entrada en territorio español por lugar distinto ao posto fronteirizo e comprende tamén "a entrada, mesmo polo posto fronteirizo, ocultando a verdadeira razón ou motivación desta, é dicir, (...) o carácter de traballador -en sentido amplo- do suxeito". Sempre segundo esta sentenza, "a clandestinidade predícase en relación á defraudación dos controis de inmigración laboral". Partindo das anteriores consideracións, apréciase a autoría do delito de inmigración ilegal dos donos do club de alterne que concertan con varias estranxeiras, carentes de autorización de traballo, a súa viaxe a España como turistas, coa finalidade de exercer a prostitución. Para a sentenza, a conduta descrita supuxo unha "vulneración evidente dos controis migratorios que en absoluto permitirían a entrada das mulleres no país para que levasen a cabo tal actividade".

Caso distinto dos anteriores, aínda que igualmente relacionado coa aplicación do art. 313.1 do CP, é o da sentenza, tamén da mesma Audiencia (Sección 2ª), **do 3 de marzo de 2000 (JUR 2001/143020)**, que aprecia a comisión do delito a través dunha falsificación de documento público ou oficial. Coa finalidade de incorporar como socios dunha cooperativa que fundara, composta en máis dun noventa por cento por socios de orixe árabe e dedicada á fabricación e venda ambulante de produtos téxtiles e outros xéneros menores, o acusado cubrira cos nomes duns supostos empregadores, clientes seus e que descoñecían as ofertas de emprego, os espazos baleiros da solicitude de determinadas autorizacións de traballo, falsificando as sinaturas destes. Semellante conduta, "aínda cando pretendese beneficiar ou aproveitar aqueles traballadores, non tiña outra finalidade que a de promover a súa migración fraudulenta ou clandestina ao noso país", polo que non ofrece dúbida o seu encadramento dentro do citado precepto do CP.

CAPÍTULO VI

AS CUESTIÓNS DE EXTRAJERÍA NA XURISPRUDENCIA DA
SALA DO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL
SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA (1998-2008)

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN; II. SENTENZAS SOBRE DECISIONS ADMINISTRATIVAS RELATIVAS AO RÉXIME XURÍDICO DAS SITUACIÓNS DOS ESTRANXEIROS: 1. **En materia de autorizacións de traballo:** A) Denegación da solicitude da autorización de traballo por conta allea por aconsellalo a situación nacional de emprego; B) Denegación da solicitude de autorización inicial de traballo por conta allea por falta de solvencia da empresa da que procede a correspondente oferta o traballo; C) Denegación da solicitude de autorización inicial de traballo por conta propia por non se acreditar inversión abonda e a potencial creación de emprego; D) Denegación da solicitude de traballo presentada no marco do procedemento de regularización previsto na disposición transitoria primeira da LOEX; E) Cuestións de procedemento. 2. **En materia de visados e autorizacións de residencia e tarxetas de residencia de familiar de cidadán da Unión:** A) Falta de visado de residencia e inadmisión a trámite da solicitude de autorización de traballo; B) Autorización, por circunstancias excepcionais, de residencia temporal con exención de visado (actualmente, sen esixencia de visado): a) Por implicar un perigo para a súa seguridade ou a da súa familia que o estranxeiro deba trasladarse, para os efectos de solicitar o visado, ao país do que é orixinario ou procede; b) Por razóns de interese público ou arraigamento; C) *Os Tratados internacionais subscritos con outros Estados e os seus efectos en orde ao acceso a unha autorización de residencia temporal sen necesidade de visado*; D) Acceso á tarxeta de residencia de familiar cidadán da Unión por parte do cónxuxe extracomunitario de cidadán español, da súa parella de feito extracomunitaria ou do seu fillo de nacionalidade tamén extracomunitaria; E) Extinción da autorización de residencia temporal. **III. SENTENZAS SOBRE RESOLUCIÓNS GOBERNATIVAS (OU ADMINISTRATIVAS) SANCIONADORAS:** 1. **Expulsión do territorio español:** A) Expulsión pola infracción consistente na permanencia irregular en España do cidadán estranxeiro [art. 53.a) da LOEX; art. 26.1.a) da Lei orgánica 7/1985]; B) Expulsión por condena motivada por conduta dolosa constitutiva de delito sancionado con pena privativa de liberdade superior a un ano [art. 57.2 da LOEX; art. 26.1.d) da Lei orgánica 7/1985]]; C) Expulsión acordada no ámbito das previsións do art. 89 do Código penal, por condena do estranxeiro non residente legalmente en España a pena privativa de liberdade inferior a seis anos; D) Cuestións de procedemento e competencia xurisdiccional. 2. **Sanción pecuniaria por promoción, favorecemento, amparo ou facilitación da permanencia clandestina do estranxeiro no territorio español** [art. 54.1.b) da LOEX; art. 35.3 da Lei orgánica 7/1985 e art. 98.10 do REX/1996]; 3. **Sanción pecuniaria por contratación de traballadores estranxeiros sen obter previamente a correspondente autorización de traballo** [art. 54.1.d) da LOEX; art. 28.1 da Lei orgánica 7/1985] ou a súa renovación [art. 37.1 da LIS]; 4. **Sanción pecuniaria ao estranxeiro pola omisión ou o atraso na comunicación dos cambios que afecten ao seu domicilio ou á súa situación laboral** [art. 52.a) da LOEX; art. 25.2 da Lei orgánica 7/1985 e art. 98.11 do REX/1996].

I. INTRODUCCIÓN

O número de pronunciamentos atopados¹⁹⁶ da Sala do contencioso-administrativo do TSJ de Galicia sobre cuestións relacionadas cos dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e, en particular, co exercicio dunha actividade remunerada por conta allea ou propia, é, no período considerado para os efectos do presente estudo, bastante elevado; en concreto, ascende a 137. En termos xerais, caracterízanse pola diversidade das cuestións que abordan, que é, certamente, moi ampla, así como por non admitir a consideración de especialmente relevantes polos criterios ou a doutrina que conteñen, o cal non significa que carezan de utilidade; ao contrario, téñena en alto grao. Aínda que aparecen sentenzas ben razoadas e redactadas, un grupo numeroso exhibe, polo xeral, unha desafortunada e, en ocasións, dificilmente intelixible redacción, quizais polo escaso tempo que deixa dispoñible para levala a cabo o elevado número de recursos a resolver polos que integran a devandita Sala.

A maioría das sentenzas proceden da Sección 1ª da Sala¹⁹⁷. Tamén son maioría as posteriores á aprobación e entrada en vigor da LOEX¹⁹⁸; o que non supón que apliquen sempre a versión actual ou última do devandito texto legal e o seu regulamento de 2004. Ao contrario, debido á data dos supostos axuizados, son poucas as que teñen oportunidade de facelo. Por igual motivo, dentro das restantes aparece un grupo que aplica preceptos da LOEX modificados ou suprimidos polas sucesivas reformas que sufriu esta, así como do REX/2001; en fin, outro, aplica a normativa legal e regulamentaria sobre estranxeiría promulgada con anterioridade á versión inicial daquel texto legal. Sen dúbida, semellante aplicación de preceptos ou textos reformados ou derogados complica e dificulta a tarefa de identificar que criterios ou consideracións das correspondentes sentenzas poden servir de orientación ou son susceptibles de seguirse con maiores ou menores adaptacións, á hora de interpretar preceptos similares ou equivalentes da normativa vixente e, polo tanto, poden incorporarse a unha guía como a que aquí se pretende ofrecer, de criterios, pautas ou consideracións actuais da xurisprudencia contencioso-administrativa do TSJ de Galicia sobre estranxeiría.

Para os efectos do tratamento da materia cabe distinguir dous grupos principais de decisións xudiciais:

- 1) As que se ocupan de preitos contra resolucións administrativas relativas ao que antes se coñecía como "réxime de entrada e situacións dos estranxeiros"¹⁹⁹ e agora denomínase "réxime xurídico das situacións dos estranxeiros"²⁰⁰ (entrada e saída do territorio español; situacións de estanza, residencia temporal e residencia permanente; autorizacións de traballo por conta propia e por conta allea, etc.).
- 2) As que abordan recursos contra resolucións sancionadoras da autoridade gubernativa (Subdelegado do Goberno), pola comisión dalgunha das "infraccións en ma-

196. A través do manexo da base de datos *Westlaw* (voces "emigración" e "estranxeiros").

197. A pertenza a outra Sección indícase oportunamente no texto, indicando expresamente de cal se trata.

198. De acordo coa súa disposición final novena, dita entrada en vigor tívose lugar aos vinte días seguintes á completa publicación do texto legal no BOE, producida o 12 de xaneiro de 2000.

199. Título II da Lei orgánica 7/1985, de 1 xullo, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España.

200. Título II da LOEX.

teria de estranxeiría” que tipifican hoxe os arts. 52, 53 e 54 da LOEX e das que se ocuparon con anterioridade o texto legal que esta vén a derrogar e substituír²⁰¹ e o seu regulamento de execución, tanto o de 1996 (REX/1996; art. 98) como o de 1986 (art. 75)²⁰²; ou, mesmo tratándose das sentenzas máis antigas, da Administración laboral, pola comisión dalgunha das “infraccións en materia de permisos de traballo de estranxeiros”, todas tipificadas como “moi graves”²⁰³.

Das 137 sentenzas atopadas seleccionáronse 83. A selección realizouse atendendo aos tres criterios seguintes: 1) cubrir coas salientadas o maior número posible das cuestións obxecto dos preitos sobre estranxeiría dos que coñece a Sala; 2) non deixar fora, salvo que non achegue nada relevante e, polo tanto, careza de interese, ningunha sentenza que resolva casos nos que resulta de aplicación a normativa vixente sobre estranxeiría; e 3) excluír aquelas sentenzas das que non caiba extraer criterios ou pautas que orienten a interpretación da referida normativa.

II. SENTENZAS SOBRE DECISIÓNS ADMINISTRATIVAS RELATIVAS AO RÉXIME XURÍDICO DAS SITUACIÓNS DOS ESTRANXEIROS

A maior parte das sentenzas aquí consideradas versan sobre supostos de denegación da autorización de traballo²⁰⁴, materia da que trataba o art. 74 do anterior regulamento da LOEX (o aprobado polo Real Decreto 864/2001, do 20 de xullo; REX/2001) e da que se ocupa o art. 53 do vixente. Xunto a elas, aparecen tamén decisións xudiciais sobre a inadmisión a trámite da devandita autorización (art. 84 do REX/2001; disposición adicional cuarta da LOEX), os visados e as autorizacións de residencia e a tarxeta de familiar residente de cidadán da Unión.

1. En materia de autorizacións de traballo

Tiveron oportunidade de pronunciarse sobre diversos aspectos da devandita materia, entre outras, as seguintes sentenzas:

- 653/2005, do 21 de setembro (JUR 2006/51369).
- 548/2005, do 13 de xullo (JUR 2005/276437).
- 527/2005, do 6 de xullo (JUR 2006/4911).
- 445/2005, do 15 de xuño (JUR 2005/191653).
- 279/2005, do 20 de abril (JUR 2005/192749).
- 824/2004, do 10 de novembro (JUR 2005/197524).
- 794/2004, do 27 de outubro (JUR 2005/197560).

201. A Lei orgánica 7/1985; arts. 25, 26 y 28.

202. Aprobado por Real Decreto 1119/1986, do 26 de maio.

203. Actualmente, no art. 37 da LIS; antes, no art. 35 da Lei 8/1988, do 7 de abril.

204. Recórdese que a expresión “autorización” substitúe a de “permiso” a partir da reforma da LOEX levada a cabo pola Lei orgánica 14/2003, do 20 de novembro. Ordena tal substitución a disposición suma única desta.

- 757/2004, do 20 de outubro (JUR 2005/197575).
- 628/2004, do 21 de xullo (JUR 2005/189991).
- 627/2004, do 21 de xullo (JUR 2005/190000).
- 561/2004, do 30 de xuño (JUR 2005/194396).
- 134/2004, do 18 de febreiro (JUR 2004/260948).
- 187/2004, do 3 de marzo (JUR 2004/260680).
- 8/2004, do 21 de xaneiro (JUR 2004/261313).
- 543/2003, do 28 de maio (JUR 2003/262806).
- 66/2003, do 22 de xaneiro (JUR 2003/192494).
- 1848/2002, do 27 de novembro (JUR 2003/120865).
- 1083/2001, do 19 de xullo, Sección 2ª (JUR 2001/282141).
- 13/1999, do 14 de xaneiro, Sección 2ª (RJCA 1999/322)

Todas se comentan a continuación. Adiantase que, polo momento en que acaecen os supostos de feito axuizados, as máis antigas aplican a anterior lei de estranxeiría, de 1995, así como o seu regulamento de execución de 1996 (non o de 1986). As restantes aplican, ademais da LOEX (nas súas sucesivas versións), o seu primeiro regulamento de execución (o REX/2001). Ambas as dúas circunstancias reducen os criterios, as pautas ou as conclusións a incorporar á guía xurisprudencial indicada no apartado I.

A) Denegación da solicitude da autorización de traballo por conta allea por aconsellalo a situación nacional de emprego

De acordo co art. 38.1 da LOEX, "para a concesión inicial do permiso [hoxe autorización²⁰⁵] de traballo [por conta allea] terase en conta a situación nacional de emprego". Semellante previsión é obxecto de concreción por parte do REX, que establece o procedemento a través do cal se determinará a mencionada situación (art. 50) e ordena [art. 53.1.b)] tanto a denegación do tipo de autorización contemplada "cando o esixa" aquela ("sen prexuízo dos supostos específicos establecidos no artigo 40" da LOEX) como o arquivo do expediente cando o empresario non presente, nos supostos en que é necesario, a documentación á que se atribúa o valor de servir para avaliar se a situación nacional de emprego permite a concesión da autorización [art. 51.2.g) e 4 en relación co art. 50]. Pois ben, a aplicación da indicada causa de denegación, que xa aparecía na anterior Lei de estranxeiría (Lei orgánica 7/1985), está presente ou é obxecto de exame en once das sentenzas ás que se fixo referencia, o cal mostra a súa relevancia ao tempo que a sitúa como primeira causa de de-

205. Véxase nota anterior.

negación. Vaia por diante que aquela merece ser obxecto dunha interpretación restritiva toda vez que forma parte do contido de preceptos restritivos de dereitos.

1. *Os cidadáns uruguaiois precisan autorización de traballo e, ademais, a concesión desta atópase supeditada á situación nacional de emprego.* A diferenza do que sucede coa primeira parte da afirmación precedente, relativa á necesidade de contar con autorización de traballo para ocupar por conta allea a cidadáns *uruguaiois*, que non é obxecto de conflito, formulouse con frecuencia ante a Sala o asunto de se a concesión desa autorización figura ou non condicionada pola situación nacional de emprego e, en concreto, se a aplicación do "Tratado de recoñecemento, paz e amizade" subscrito entre España e Uruguai en 1870 impide que a autoridade gobernativa poida denegar a aqueles, baseándose na expresada situación, a solicitude de autorización que se presentase. Tal é a cuestión que deben resolver ou sobre a que se pronuncian, entre outras, as sentenzas **548/2005, 279/2005, 794/2004, 757/2004, 628/2004, 627/2004 e 561/2004**, da lectura das cales se obtén a conclusión de que *os nacionais de Uruguai non son beneficiarios de excepcións ao disposto na vixente lexislación de estranxeiría e, en concreto, ás súas regras que impoñen contar coa concesión das autorizacións iniciais de traballo por conta allea e supeditan estas á situación nacional de emprego*²⁰⁶. É certo que o citado Tratado, invocado en cada un dos casos polo recorrente para opoñerse á resolución gobernativa denegatoria da autorización de traballo, dispón, no seu art. 8, que os nacionais de Uruguai (o mesmo que os españois en Uruguai) poderán exercer libremente en España os seus oficios e profesións; non obstante, como observan as sentenzas das que se deu conta, iso "non pode impedir a íntegra aplicación da vixente lexislación de estranxeiría, pois existen outros dous Tratados posteriores entre os países sobre materia semellante, que impoñen a suxeición á normativa vixente na devandita materia," comprensivo das regras que someten a concesión da autorización de traballo á situación nacional de emprego. Estes dous Tratados resultan incompatibles coas indicadas previsións do de 1870 que, polo tanto, non cabe pretender aplicar, de acordo co art. 30.3 do Convenio de Viena sobre Dereito de Tratados, do 23 de maio de 1969²⁰⁷.

206. Cfr. art. 40 da LOEX e art. 50, parágrafo último, do REX

207. Os aludidos Tratados posteriores son, segundo recordan as propias sentenzas, o Acordo sobre supresión de visados, troco de notas do 18 de decembro de 1981, cuxo art. 3 "dispón que a supresión do visado para os cidadáns uruguaiois non lles exige de observar as leis e regulamentos locais, concernentes ao ingreso, permanencia e establecemento de estranxeiros, dentro de cuxo réxime está inserto o réxime relativo a permisos de traballo"; e o Tratado xeral de cooperación e amizade entre España e Uruguai, do 23 de xullo de 1992, cuxo art. 14 establece que "con suxeición á súa lexislación e de conformidade co dereito internacional, cada Parte outorgará aos nacionais da outra facilidades para a realización de actividades lucrativas, laborais ou profesionais, por conta propia ou allea, en pé de igualdade cos nacionais do Estado de residencia ou de tra-

Non desvirtúa a solución exposta, segundo sinalan estas decisións xudiciais de suplicación, a sentenza do TS do 10 de outubro de 2002 (recurso 2806/1998), que "se refire á derogada normativa de estranxeiría" e na que non se discutían "alegacións do tenor das que agora se formulan e que conducen á consideración de que a actuación administrativa, en canto denega o permiso de traballo" ao cidadán uruguaio recorrente, "é conforme a Dereito". Ademais -advirten aquelas- "dita sentenza non concorda coa tendencia xurisprudencial anterior".

2. *É contrario a unha situación nacional de emprego que permita a concesión da autorización de traballo o feito de que o estranxeiro para o que se solicita esta careza do requisito por cuxa falta a empresa rexeitou aos candidatos enviados polo servizo público de emprego.* Nunha das anteriores sentenzas -a 548/2005-, o cidadán uruguaio opón á denegación da solicitude de autorización de traballo para ocupar o posto de "hortifruticultor", obxecto dunha oferta de emprego realizada por unha empresa dedicada á actividade de xardinaria e servizos, ademais do motivo xa exposto, que a devandita empresa non atopara traballadores (sobreenténdese que españois, comunitarios ou estranxeiros autorizados para traballar) capacitados para o emprego ofertado. A Sala tamén desestima este motivo de oposición unha vez constatado que os candidatos enviados polo servizo público de emprego foron rexeitados pola empresa por non reunir a condición dunha experiencia mínima de dous anos nas actividades propias do posto a cubrir e que o recorrente tampouco acreditou cumprir esa condición. Iso permite extraer outra interesante conclusión que complementa a pauta coa que comeza o presente parágrafo:

Non admite reproche a certificación do servizo público de emprego que non aprecia un resultado negativo da oferta de emprego por el xestionada ao advertir que a empresa rexeitou aos candidatos (españóis, comunitarios ou estranxeiros autorizados para traballar) enviados por carecer dalgunha das condicións que pide en aquela oferta e que tampouco reúne o estranxeiro ao que pretende contratar.

3. *Non serve para configurar unha situación nacional de emprego que permita a concesión da autorización de traballo introducir na oferta de traballo, sen xustificación, unha condición ou un requisito que só cumpre o estranxeiro para o que se solicita a devandita autorización.* Por expresalo doutro modo: *cabe que o servizo público de emprego emita unha certificación contraria ao resultado negativo da oferta de*

ballo necesarias para o exercicio das devanditas actividades. A expedición dos permisos de traballo laborais e profesionais por conta allea será gratuíta". Tal precepto non exime aos uruguaiois "da submisión ao réxime de estranxeiría en materia de permisos de traballo, senón que se outorga un trato preferencial aos uruguaiois" á hora de conceder estes, o cal non comporta que deba deixar de atenderse á situación nacional de emprego.

emprego por el xestionada cando aparece, sen xustificación, a vinculación desta a un perfil profesional tan específico que dificilmente poderían reunilo os candidatos (españóis, comunitarios ou estranxeiros autorizados para traballar) enviados e que acredita, en cambio, o estranxeiro ao que pretende contratar. Suxire tal pauta a lectura da sentenza **66/2003**, correspondente a un suposto acaecido baixo a vixencia da Lei orgánica 7/1985 e o seu regulamento de execución, aprobado por Real Decreto 155/1996. Combátese no recurso a denegación da solicitude de autorización de traballo dun cidadán colombiano que reunía a condición dunha experiencia mínima de dez anos no exercicio da actividade de mecánico de automóbil propia do posto que pretendía cubrir a empresa. Aínda que para tal actividade e na zona xeográfica correspondente ao posto ofertado había demandantes de emprego, ningún reunía a expresada condición; na súa virtude, preténdese obter un fallo favorable á concesión da autorización de traballo por avalalo a situación nacional de emprego. A Sala desestima o recurso razoando que "o feito de que a un determinado empresario lle resulte máis conveniente, nun determinado momento, contratar un traballador estranxeiro, engadindo unha calidade concreta como supón, neste caso, o da experiencia esixida, non é razón para o outorgamento automático do permiso, desoíndo os requisitos establecidos legal e regulamentariamente, pois a finalidade da norma é a protección do mercado nacional de emprego fronte a eventuais supostos como o presente, no que introducindo concretas esixencias no traballador demandado, que só cumpre o estranxeiro, estase a buscar o amparo dunha normativa para conseguir unha finalidade distinta da querida polo ordenamento xurídico, o que en determinados casos pode chegar a constituír unha fraude de lei".

4. *A autoridade governativa debe apreciar a situación nacional de emprego favorable ou oposta á concesión da autorización de traballo de acordo co que resulte de determinados medios oficiais aos que se lles atribúe a función de fixar aquela.* Na sentenza **653/2005**, o recorrente, de nacionalidade uruguaia, presentara solicitude de autorización de traballo para o exercicio da actividade propia de "inxertador/podador de árbores e plantas". A devandita solicitude foille denegada pola autoridade governativa (subdelegación do Goberno en Pontevedra) con fundamento na causa aquí contemplada ou, se se prefire, por haber suficientes traballadores desempregados para cubrir as ofertas de emprego na indicada actividade. A denegación produciuse a pesar de existir certificación do servizo público de emprego emitida conforme ao pedido polo art. 70.1.1.b) do regulamento á sazón en vigor e na que constaba que se xestionou a correspondente oferta e se enviaron tres candidatos á empresa, a cal rexeitounos por falta de idoneidade (a un por carecer da cualificación requirida; a outro, de 60 anos, por fal-

tarlle catro dedos dunha man e ao último por vivir noutra localidade e non lle interesar o traballo). Así as cousas, o pronunciamento sobre o fondo do asunto conduce a que a Sala deba examinar se pode manterse, nas circunstancias descritas, que a situación nacional de emprego na actividade xustifica aquela denegación. A resposta, negativa, figura acompañada dalgunha indicación que conserva actualidade á hora de acoutar o alcance da causa invocada pola autoridade gobernativa. Esta non pode proceder de calquera forma na apreciación da concorrencia da devandita causa; empregando termos da sentenza, non serven, para os efectos desa apreciación, "mencións vagas, xenéricas e nada concretas á situación nacional de emprego". Non compete á autoridade gobernativa a definición da situación nacional de emprego no caso concreto; o seu labor é o de decidir, motivadamente, se procede ou non conceder ao traballador estranxeiro a autorización para traballar á vista da situación nacional de emprego que certifican ou mostran os instrumentos ou medios aos que regulamentariamente supeditase a determinación desta e, en definitiva, o que expresa, que é se existen ou non no mercado de traballo demandantes de emprego axeitados e dispoñibles para cubrir as necesidades do empregador.

A anterior ensinanza conserva vixencia e débese ter en conta ao aplicar o réxime de concesión das autorizacións de traballo que hoxe configura o REX. A denegación destas ha de aparecer avalada ou gardar congruencia coa situación nacional de emprego que mostran os instrumentos ou medios oficiais aos que se atribúe a función de fixala. Non parece que a resolución gobernativa poida ser contraria ao que resulte de tales instrumentos ou medios, salvo que apareza que o seu contido figura determinado por documentos que resultan ser falsos ou por alegacións que se revelaron inexactas [art. 53.1.g) do REX]. Con carácter xeral, a autoridade gobernativa non poderá fundamentar na situación nacional de emprego a denegación da solicitude da autorización inicial de traballo por conta allea cando o posto ofertado corresponda a unha ocupación incluída no "catálogo de ocupacións de difícil cobertura"²⁰⁸ ou, noutro caso, acreditárase polo empregador, mediante certificación expedida polo servizo público de emprego e de eficacia non desautorizada, a insuficiencia de demandantes de emprego axeitados e dispoñibles para aceptar a oferta de emprego presentada ante o devandito servizo²⁰⁹.

208. "En termos do REX, "a cualificación dunha ocupación como de difícil cobertura implica a posibilidade de tramitar a autorización para residir e traballar dirixida ao estranxeiro".

209. Véxase art. 50.a) do REX. O obxecto, contido e emisión da certificación constitúen extremos dos que se ocupa a Orde TAS/1745/2005, do 3 de xuño (BOE de 13 de igual mes); de acordo co seu punto cuarto, "a certificación, por parte do servizo público de emprego competente, da insuficiencia de demandantes de emprego axeitados e dispoñibles para cubrir a oferta, permitirá ao empregador acreditar, respecto ás ocupacións non cualificadas como de difícil cobertura, a dificultade de contratación para cubrir a vacante no posto ofertado, en orde ao cumprimento do requisito establecido no artigo 50.a) do REX

Dende logo, as consideracións precedentes non avalan a consideración da situación nacional de emprego como concepto xurídico indeterminado.

5. *Non cabe denegar a autorización de traballo por aconsellalo a situación nacional de emprego cando no correspondente expediente non figura a documentación á que a normativa sobre estranxeiría atribúe o valor de determinar aquela.* É a conclusión que se extrae da sentenza **8/2004**, que subliña o carácter "inescusable" da aludida documentación "aos efectos de avalar a argumentación" da resolución governativa que denegue a autorización pola causa aquí comentada, así como a súa relación "cunha axeitada motivación" de tal resolución denegatoria. Trasladando o razoamento da sentenza á actual situación normativa, tense que corresponde á autoridade governativa comprobar que a expresada documentación non falta. Se observa a súa ausencia e, en concreto, que a empresa non presentou, sendo necesario, a certificación do servizo público de emprego sobre o resultado da oferta de emprego por el xestionada, debe cursar requirimento para que aquela proceda á súa achega no prazo de dez días (art. 51.4 do REX). Noutro caso, o xuíz que coñeza da impugnación da eventual resolución denegatoria da autorización de traballo por aconsellalo a situación nacional de emprego procederá a anular a devandita resolución e a ordenar a "retroacción do expediente" ao momento que permita o cumprimento do trámite omitido.
6. *Non serve para xustificar a denegación da autorización de traballo por aconsellalo a situación nacional de emprego unha certificación da xestión da oferta de emprego realizada polo servizo público de emprego que se refire a unha actividade diferente da que pretende cubrir a empresa.* Tal é o criterio que se extrae da sentenza **1848/2002** ("o informe da oficina de emprego en que se basea a resolución denegatoria ha de referirse á mesma ocupación, actividade e área xeográfica"), que confirma a sentenza apelada na parte relativa ao recoñecemento do dereito dunha cidadá estranxeira á concesión da autorización de traballo para desempeñar a actividade de *camareira de alterne*. Mentres que a empresa especificou na súa oferta de emprego que este era para a realización da devandita actividade, o informe do servizo público de emprego, no que se baseou a resolución governativa para denegar a autorización por aconsellalo a situación nacional de emprego, referíase á actividade de "camareiro-barman". Partindo diso, a Sala realiza unha serie de observacións que lle levan a considerar "contraria a dereito" aquela resolución: "ha de compartirse o argumento do xulgador a quo de que a actividade sondada de camareira-barman non coincide nin se pode identificar coa de camareira-alternadora, para a que se pediu o permiso de traballo"; non existe razón "para non incluír [na xestión dunha oferta de emprego] esta última categoría xa

que tanto a xurisprudencia social como a contencioso-administrativa a consideraron como unha actividade lícita”; “ha de admitirse a súa licitude como actividade realizada por conta allea, en réxime de contrato de traballo, aos efectos da lexislación de estranxeiría” e nada xustifica que o servizo público de emprego non xestionase a oferta de emprego nos termos en que foi formulada pola empresa [“aínda que a carencia de constancia na clasificación nacional de ocupacións impedira” a sondaxe de posibles candidatos ao emprego “e a conseguinte información sobre a actividade específica para a que solicitouse o permiso (...), carece así mesmo de xustificación a desatención polo director da oficina de emprego da solicitude (...) de que se tramitase a oferta de emprego presentada” pola empresa “co fin de ocupar o posto de camareira de alterne, pois se se trata dunha actividade lícita que pode ser obxecto de contrato de traballo, se non se tramita a devandita oferta de emprego se aboca” a aquela “a recorrer a unha traballadora estranxeira (...), como fixo”].

B) Denegación da solicitude de autorización inicial de traballo por conta allea por falta de solvencia da empresa da que procede a correspondente oferta o traballo

Encaixan no presente apartado os supostos de feito sobre os que deben pronunciarse as sentenzas **543/2003** e **1083/2001**. Nas dúas, a oferta de traballo realizada ao estranxeiro para o que se pretende a concesión de autorización de traballo procede de empresa que non acredita reunir o requisito de solvencia para facer fronte ás obrigas derivadas do contrato de traballo, implícito en preceptos da normativa vixente cando se produce a referida oferta, que é, respectivamente, o REX/2001 e o REX/1996; no primeiro, nos arts. 74.1.f) e 81.1.2.d)²¹⁰; no segundo, nos arts. 85.2.d) e 82.1.6^{o211}. O requisito aparece tamén implícito, actualmente, no 53.1.f) do REX, que fai referencia á denegación da autorización de traballo “cando o empresario ou empregador (...) non acredite os medios económicos, materiais e persoais dos que dispón para o seu proxecto empresarial e para facer fronte ás obrigas dimanantes do contrato de traballo”.

Aínda que as dúas sentenzas aprecian unha falta de solvencia que mostra a inviabilidade da oferta de emprego realizada, a segunda límitase a deducir

210. De acordo co primeiro dos devanditos preceptos, a denegación do “permiso de traballo tipo B (inicial)” procedería “cando o contrato de traballo ou a oferta de emprego” fose “formulada por empresa aparente” ou non quedase “acreditada a capacidade ou solvencia do empresario para facer fronte ás obrigas dimanantes do contrato”. En relación con iso, dispoñía o art. 81.1.2.d) de igual texto regulamentario que “para a concesión inicial do permiso de traballo (...) poderanse solicitar os documentos que se consideren necesarios para acreditar a capacidade ou solvencia do empregador para facer fronte ás obrigas dimanantes do contrato de traballo”.

211. O contido de ambos os dous preceptos coincide, respectivamente, co dos arts. 81.1.2.d) e 74.1.f) do REX/2001. A coincidencia nos termos empregados chega a ser total entre o art. 85.2.d) do REX/1996 e o art. 81.1.2.d) do REX/2001

aquela da absoluta falta de achega de documentos acreditativos da capacidade do que fai a oferta para manter o desembolso económico esixido polo desenvolvemento da actividade á que se incorporaría o traballo do estranxeiro, consistente na condución dun taxi. A primeira sentenza -a 543/2003- realiza, en cambio, algunha indicación de interese. Dentro do razoamento que leva á confirmación da sentenza apelada e, con iso, da resolución governativa denegatoria da concesión da autorización de traballo solicitada, a Sala destaca que a oferta que permite a concesión desta ten que ser "seria e factible, en atención á solvencia de quen a fai e á realidade de intención de quen a recibe". En suma:

7. *A falta de acreditación de tal solvencia equivale, por si, á falta de seriedade e posibilidade da oferta de emprego e xustifica, pois, a denegación da solicitude de autorización de traballo.*

Téñase en conta que, de acordo co REX, a causa de denegación aquí contemplada esixe que a autoridade competente para a tramitación do procedemento considerara necesario, de forma expresa e motivada, a acreditación pola empresa da súa solvencia económica a través da achega dos documentos que ao efecto se lle requirisen [art. 51.2.c)]. A partir de aí, aquela causa resultará de aplicación tanto se a empresa non achega a documentación requirida [art. 53.1.f)] coma se a achegada revela, a xuízo -motivado, claro está- da autoridade que deba resolver o expediente, a referida falta de solvencia.

C) *Denegación da solicitude de autorización inicial de traballo por conta propia por non se acreditar inversión abonda e a potencial creación de emprego*

Trata diso a sentenza 13/1999, da Sección 2ª, que resolve, pois, un suposto onde as indicadas condicións da concesión da autorización figuraban no art. 18.2 da Lei orgánica 7/1985²¹² e no art. 76.II.a) do REX/1996²¹³, concordantes co art. 37 da LOEX²¹⁴ e o art. 58.c) do REX²¹⁵. A devandita sentenza, cuxo fallo anula a resolución governativa que denegou a autorización por falta daquelas condicións e declara o dereito do recorrente, cidadán brasileiro, a que lle sexa concedida esta, ofrece a seguinte pauta:

212. "Cando o permiso sexa traballar por conta propia, valorarase favorablemente o feito de que a súa concesión implique a creación de novos postos de traballo para españois ou signifique a inversión ou achega de bens susceptibles de promover o emprego nacional ou mellorar as condicións en que se preste".

213. "Para a concesión dos permisos de traballo por conta propia tomaranse en consideración os elementos seguintes:

a) Incidencia da actividade a realizar na creación de emprego, achega de capital, novas tecnoloxías ou mellora das condicións de produción".

214. "Para a realización de actividades económicas por conta propia haberá de acreditarse o cumprimento de (...) os requisitos (...) relativos á suficiencia da inversión e a potencial creación de emprego, entre outros que regulamentariamente se establezan".

215. "Son requisitos para a concesión da autorización de residencia temporal e traballo por conta propia:

c) Acreditar que a inversión prevista para a implantación do proxecto sexa suficiente e a incidencia, se é o caso, na creación de emprego, nos termos que se establezan mediante Orde do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais".

8. *Cando a actividade por conta propia para a que se pretende a autorización vai ser exercitada no seo dunha empresa que adopta a forma xurídica de sociedade, os requisitos da realización dunha inversión suficiente e contribución á creación de emprego deben valorarse atendendo ao grao en que o estranxeiro participa no capital social. Se a participación é importante, aqueles han de entenderse cumpridos.*

Tal participación importante concorre no caso de autos, razón pola cal a Sala decide imputar persoalmente ao recorrente (non á sociedade) a parte da inversión e dos postos de traballo correspondentes á porcentaxe da súa participación na sociedade e, na súa virtude, emitir o fallo xa indicado:

"Dados os concisos termos da resolución que é obxecto de recurso, hai que entender que denega o permiso solicitado por aceptación plena do informado pola Dirección Territorial de Comercio (...), é dicir, por non acreditar o señor G. C. inversión nin crear ou manter postos de traballo para persoas nacionais. No expediente constan suficientemente acreditados de forma documental a inversión realizada pola empresa da que o citado é socio e administrador, o local en que radica a súa sede e a actividade desenvolvida, así como os postos de traballo creados, desempeñados por persoas de nacionalidade española (...). O representante da Administración non discute que a empresa da que é socio e xerente o señor G. C. realizara unha inversión e creara postos de traballo nos termos aos que se refiren os artigos 18 [da Lei orgánica 7/1985] e 76 [do REX/1996] (...), pero entende que, ao ter unha sociedade de responsabilidade limitada personalidade xurídica propia e distinta da dos seus socios, o seu patrimonio e os postos de traballo non poden imputarse persoal e individualmente a estes. Este argumento podería ser aceptado se a participación no capital social dun determinado socio fose porcentualmente mínima, pero nun suposto como o presente, no que son só dous os que a integran, é evidente que a creación e mantemento desa entidade, por moi independente que poida ser considerada dende o punto de vista xurídico ao gozar de personalidade xurídica propia, *é consecuencia directa da actuación dos seus socios, polo que tamén pode dicirse, aos efectos que aquí interesan, que tamén a son a inversión e creación de postos de traballo*"²¹⁶.

D) *Denegación da solicitude de traballo presentada no marco do procedemento de regularización previsto na disposición transitoria primeira da LOEX*

9. *Non admite reproche a efectuada ante a falta de acreditación das condicións previstas legal e regulamentariamente.* Sobre cuestións relacionadas co devandito suposto de denegación versa o caso da sentenza **134/2004**. Unha vez rexeitados varios motivos cuxa estimación impediría entrar no fondo do asunto, entre eles o do efecto positivo do

216. A cursiva é nosa.

silencio administrativo no procedemento de regularización²¹⁷, examina a Sala o valor dos documentos presentados polo recorrente para acreditar a concorrencia de dous dos requisitos aos que aparece supeditada legal (disposición transitoria primeira da LOEX) e regulamentariamente (art. 1 do Real Decreto 239/2000, do 18 de febreiro) a concesión de autorizacións de traballo e residencia correspondentes ao procedemento de regularización de estranxeiros examinado. En concreto, os aludidos requisitos, acumulativos, pedían que o estranxeiro: 1) se atopase en España antes do 1 de xuño de 1999 e permanecese de forma continuada en tal situación; e 2) fose titular dunha autorización de traballo e residencia ou autorización de residencia nalgún momento dos tres últimos anos anteriores á entrada en vigor da LOEX, ou ben solicitase autorización de traballo e residencia ou autorización de residencia nalgunha ocasión ata o día 31 de marzo de 2000, inclusive.

Respecto ao primeiro deses requisitos, considera a Sala que non serve para probar a súa concorrencia a achega, por parte do estranxeiro, da seguinte documentación: un billete de avión onde consta o voo realizado en 1995 dende o seu país de orixe a España, a certificación dunha posterior subscripción de dúas accións do Real Club Deportivo de La Coruña, o contrato de aluguer dun vehículo en 1996, o resguardo de enviar unha carta certificada ao seu país dende o municipio de Cambre, o certificado de colaborar en 1999 cunha comisión xestora de festas municipais e unha resolución de 1997 impondo a aquel unha sanción de tráfico. Tales documentos "en realidade limitanse á acreditación da estancia do recorrente, nas datas que en cada un deles consta, no territorio nacional"; non proban, en cambio, "a súa residencia legal e ininterrompida no tempo".

Igual de rotunda ("do mesmo modo é inidóneo") se mostra a Sala á hora de rexeitar que permita acreditar o segundo requisito a achega dun documento no que figura que o estranxeiro presentara solicitude de autorización de residencia e de traballo como traballador por conta propia o 28 de xullo de 2000. Recórdese que para aqueles que non fosen titulares dunha autorización de traballo e residencia ou autorización de residencia nos tres últimos anos anteriores á entrada en vigor da LOEX esixíase, alternativamente, solicitar autorización de traballo e residencia ou autorización de residencia nalgunha ocasión anterior ao día 31 de marzo de 2000, inclusive, data que resulta ser anterior á da solicitude presentada polo recorrente. En suma, o aludido documento por el achegado acreditaba, precisamente, de forma clara, a falta do requisito agora examinado.

217. Recorda a sentenza que, segundo a LOEX (cfr. disposición adicional primeira.1), "o sentido do silencio nos procedementos relativos a estranxeiros será, en todo caso, negativo" (véxase disposición adicional novena do REX).

E) Cuestión de procedemento

O segundo grupo máis numeroso de sentenzas comprendidas na relación ofrecida anteriormente é o das que abordan aspectos que teñen que ver co procedemento de tramitación das autorizacións de traballo, do que forma parte a *admisión a trámite* das solicitudes.

10. *A entrada e permanencia en España sen título ou documento que a permita, isto é, en situación irregular, conduce á inadmisión a trámite da solicitude de autorización de traballo que poida presentarse.* Entre as sentenzas do aludido grupo figura a **527/2005**, que aborda a cuestión do efecto que produce sobre a solicitude de autorización inicial de residencia e traballo por conta allea o feito de que o estranxeiro para o que se pretende obter tal autorización entrase en España sen o preceptivo visado de residencia e permanenza, dende entón, en situación "irregular". No caso de autos, a solicitude preséntase o 29 de abril de 2004 e en resposta á oferta de emprego feita a unha cidadá estranxeira para ocupar un posto de pasteleira. Aquela entrara en España, sen ningún tipo de visado, o 4 de marzo de 2002; ademais, non se atopaba en ningunha das situacións que permitían nesa data a concesión da autorización de residencia temporal con exención de visado²¹⁸. Á vista de tales antecedentes, a autoridade gobernativa dita resolución, o 5 de agosto de 2004, acordando a *inadmisión a trámite* da solicitude. Confirmada a devandita resolución pola sentenza do xuíz *a quo*, combátese esta a través de recurso de apelación onde a interesada argumenta que a resolución gobernativa de inadmisión, en primeiro lugar, lle impide canalizar correctamente a solicitude ao pecharlle a posibilidade de regresar ao seu país de orixe mentres se tramita o procedemento e para obter alí o correspondente visado; e, en segundo lugar, provócalle "un prexuízo desproporcionado" ao obrigala "a permanecer nun país en situación de irregularidade innecesaria", "imposibilitando o acceso a un posto de traballo que non afecta aos intereses nacionais de emprego" e a "cotizar na seguridade social e percibir ingresos en contra-prestación". Así mesmo, pon en coñecemento da Sala que con posterioridade á resolución impugnada e no momento de interpoñer o recurso de apelación iniciou xa os trámites para beneficiarse do proceso de regularización aberto coa aprobación e entrada en vigor do REX.

Ningunha dos anteriores argumentos resultan acollidos pola sentenza, que destaca a configuración do visado de residencia como requisito que debe incorporar a autorización de residencia e traballo ("resulta

218. Hoxe, dende a reforma da LOEX levada a cabo pola Lei orgánica 14/2003, sería sen necesidade de visado e estariase a facer referencia ás situacións contempladas no art. 31.3 daquel texto legal ("A Administración poderá conceder unha autorización de residencia temporal por situación de arraigamento, así como por razóns humanitarias, de colaboración coa Xustiza ou outras circunstancias excepcionais que se determinen regulamentariamente. Nestes supostos non será esixible o visado"), desenvolvidas polos arts. 45, 46 e 47 do REX.

improcedente a súa pretensión de tramitación do procedemento de autorización de residencia e permiso de traballo inicial por conta allea en tanto non se prové do correspondente visado” o estranxeiro)²¹⁹. A falta daquel converte en irregular a permanencia en España e impón, sen máis, a inadmisión a trámite da devandita solicitude, en virtude do ordenado pola disposición adicional cuarta da LOEX, segundo a cal “a autoridade competente para resolver inadmitirá a trámite as solicitudes relativas aos procedementos regulados nesta lei” cando “se refiran a estranxeiros que se atopasen en España en situación irregular”, salvo que o seu caso figure comprendido “nun dos supostos do artigo 31, apartado 3,”, o que, como se indicou, non concorría no da recorrente.

Segundo a Sala, non altera a conclusión exposta que a interesada iniciase xa os trámites para acollerse ao procedemento de regularización, pois a *resolución gubernativa ha de axustarse e é valorada atendendo á situación de feito e de dereito existente no momento de presentación da solicitude*. Por outro lado, a inadmisión a trámite examinada non estende os seus efectos ao resultado daquel procedemento, a través do cal cabería conseguir, finalmente, se se reúnen os requisitos ao efecto establecidos, a autorización para traballar e residir:

“A decisión gubernativa é correcta, pois é adoptada conforme á situación de feito e de dereito existente ao tempo de formulación da solicitude de permiso de residencia e traballo e presentación da oferta de emprego. Non obstante (...) todo o dito ha de entenderse sen prexuízo de que [a recorrente] poida acollerse a algún dos procedementos de regularización caso de acreditar o cumprimento dos requisitos esixidos regulamentariamente, se ben esta materia é allea ao presente recurso”.

11. *Os Acordos do Consello de Ministros que periodicamente fixen o continxente de traballadores estranxeiros poden determinar, en relación coa vía a seguir na tramitación das solicitudes de autorizacións de traballo, as relacións entre as modalidades do sistema xeral ou ordinario e do sistema do continxente. En calquera caso, non cabe que tal determinación chegue ao extremo de impedir, pola vía de inadmisión a trámite, que non poidan presentarse pola modalidade do sistema xeral as solicitudes de autorizacións de traballo correspondentes a ofertas nominativas de emprego realizadas a favor de estranxeiros que se achen en España e correspondan a actividades incluídas no continxente. En liñas xerais, é o que conservaría actualidade de canto ensinan a sentenza 187/2004, non doadamente intelixible pola súa redacción e forma de presentar os feitos, e a sentenza 824/2004, que, aínda que máis clara, é, quizais, prolixa en exceso. A condensación do seu razoamento nunha pauta á que se poida continuar atendendo re-*

219. Cfr. art. 52 do REX

quire ter en conta que a regulación vixente do sistema do continxente (art. 39 da LOEX, reformado pola Lei orgánica 14/2003; arts. 77 e seguintes do REX) é distinta da que toman en consideración ambas as dúas sentenzas (art. 39 da LOEX, reformado pola Lei orgánica 8/2000; art. 65 do REX/2001), que tamén atenden ao Acordo do Consello de Ministros do 21 de decembro de 2001, polo que se determinou o continxente de traballadores estranxeiros de réxime non comunitario para 2002, parcialmente anulado polo TS, en cuxas indicacións sobre o particular apóiase, transcribíndoas, a segunda das sentenzas citadas, que é xa de data posterior á dos pronunciamentos do TS, o primeiro dos cales prodúcese o 6 de abril de 2004²²⁰.

Recórdese que ao sistema de continxente só poden ter acceso as solicitudes de autorizacións de traballo correspondentes a cidadáns estranxeiros que non se achen ou residan en España (art. 39.1 da LOEX; art. 77.2 do REX). Aínda que as ofertas de emprego a atender serán, en principio, "xenéricas" (art. 77.2 do REX), cada Acordo do Consello de Ministros que aprobe o continxente correspondente ao seu período de aplicación pode establecer, sempre en relación cos estranxeiros que non residan en España, en que supostos tamén será posible a tramitación de ofertas "nominativas" (art. 77.3 do REX). O que non pode facer é dotar ao sistema de continxente dunha amplitude tal que veña a deixar sen campo de aplicación ao sistema xeral, ao pechar a posibilidade de que poidan tramitarse por el as solicitudes de autorizacións de traballo vinculadas ás ofertas "nominativas" de emprego feitas aos estranxeiros que xa se atopan en España. Iso equivalería á introdución dunha causa de inadmisión a trámite desas solicitudes que non tiña antes e tampouco ten agora cobertura legal ou regulamentaria. A pesar de que o sistema do continxente rematou por converterse, por diversas circunstancias, na vía principal de tramitación das autorizacións de traballo, existe ou mantense un espazo propio do sistema xeral a través do cal se coñecerán as solicitudes que non reúnan as condicións para a súa tramitación por aquel sistema, como é o caso xa sinalado, das presentadas a favor dos estranxeiros xa residentes en España.

12. *Non admite execución provisional o fallo da sentenza do xulgado contencioso-administrativo que estima o recurso contencioso-administrativo interposto contra a resolución governativa denegatoria da autorización de traballo.* Tal é o criterio que mantén a sentenza **445/2005**, que estima o recurso de apelación interposto contra o auto dun xulgado do contencioso-administrativo que acorda a execución provisional dunha sentenza súa do tipo sinalado no título deste apar-

220. Ar. 3442. Sobre a impugnación e anulación do mencionado Acordo véxase Á. CEINOS SUÁREZ: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley (Madrid, 2006), páxs. 282-285.

tado. Como consecuencia da admisión de tal execución, o aludido auto ordena conceder á Administración "a autorización de traballo e residencia tipo B inicial solicitada polo actor (...), ata que se dite resolución definitiva no recurso de apelación interposto"; isto é, dispón a substitución do contido do acto administrativo impugnado no sentido que quedou indicado. O TSJ revoga aquel e denega a execución provisional baseándose en dúas consideracións.

En primeiro lugar, analiza a Sala a natureza da resolución governativa que concede ou denega a autorización de traballo. É preciso dilucidar se esta resolución se dita en exercicio dunha potestade *regulada* ou *discrecional* ou, o que é igual, se o seu contido está condicionado totalmente polo ordenamento xurídico ou, pola contra, a concreción dalgúns dos seus aspectos remítese á estimación subxectiva de autoridade governativa ["resultan posibles varias solucións igualmente lícitas (...) entre as cales ha de elixirse con criterios extraxurídicos"]. No primeiro tipo de resolución, a declaración xudicial da súa nulidade comporta que o fallo da correspondente sentenza deba substituír o contido daquela polo que o xulgador estime axustado a Dereito ("a substitución do acto administrativo por unha decisión xurisdiccional será terminantemente posible -máis aínda, imprescindible, en termos de congruencia-"; "o Dereito proporciona ao xuíz todos os datos necesarios para definir o contido da súa decisión"). En cambio, a referida substitución non é posible, polo xeral, nas resolucións froito do exercicio de potestades discretionais²²¹.

Pois ben, para a sentenza comentada non ofrece dúbida cál é a natureza da potestade a que responden as resolucións que conceden ou denegan autorizacións de traballo: trátase dunha *potestade discrecional* por canto que tales autorizacións deben outorgarse ou denegarse, "non necesariamente (...) segundo que a actuación pretendida se adapte ou non á ordenación aplicable, senón en función da valoración dunhas circunstancias que só á Administración corresponde efectuar sobre as bases xurídicas" que establece a normativa sobre estranxeiros. Ademais, constitúe unha potestade do tipo común ou ordinario, que non consente a substitución realizada polo auto atacado; isto é, que non consente a execución provisional.

En segundo e último lugar, tamén pecha a posibilidade da citada execución provisional, "a maior abundamento", que os prexuízos do interese privado (do suxeito que pretende a concesión da autorización de traballo) que se evitan coa súa admisión son moi inferiores aos que esta causa ao interese xeral e resultan de máis doada reparación:

"É evidente que, de acollerse a decisión contida no auto apelado, o prexuízo que se carrexaría ao interese xeral (...) non atoparía parangón no interese pri-

221. Salvo que, por exemplo, como sinala, con cita doutras, a propia sentenza salientada, a solución a que chegue a decisión administrativa atacada non se mostre coherente coa imposta polos propios criterios adoptados discretionalmente con anterioridade.

vado ou particular do interesado, cuxos prexuízos, pola súa índole estritamente económica, sempre poderían ser obxecto de doada reparación pola Administración. É máis, acceder á execución provisional solicitada equivalería a propiciar, aínda que sexa temporalmente, o éxito da pretensión deducida no recurso, estando pendente de decisión definitiva en fase de apelación”

2. En materia de visados e autorizacións de residencia e tarxetas de residencia de familiar de cidadán da Unión

Abordan a materia, entre outras, as seguintes sentenzas:

- 527/2005, do 6 de xullo (JUR 2006/4911).
- 327/2005, do 11 de maio (JUR 2005/192376).
- 240/2005, do 6 de abril (JUR 2005/192913).
- 846/2004, do 17 de novembro (JUR 2005/197484).
- 696/2004, do 29 de setembro (JUR 2005/189927).
- 1127/2003, do 24 de decembro (JUR 2004/65044).
- 516/2003, do 21 de maio (JUR 2003/262757).
- 494/2003, de 14 e maio (JUR 2003/267908).
- 1518/2001, do 5 de decembro (JUR 2002/94059).
- 1502/2001, do 5 de decembro (JUR 2002/94074).
- 1225/2001, do 26 de outubro (JUR 2002/17766).
- 1064/2001, do 3 de outubro (JUR 2002/332).
- 457/2001, do 25 de abril (JUR 2001/196169).
- 1250/2000, do 14 de setembro, Sección 2ª (RJCA 2001/17012).
- 1246/2000, do 19 de xullo (JUR 2000/296761).
- 339/1999, do 6 de maio, Sección 2ª (RJCA 1999/1546).
- 10/1999, do 14 de xaneiro, Sección 2ª (RJCA 1999/250).
- 937/1998, do 5 de novembro, Sección 2ª (RJCA 1998/4358).
- 849/1998, do 1 de outubro, Sección 2ª (RJCA 1998/3936).

A) *Falta de visado de residencia e inadmisión a trámite da solicitude de autorización de traballo*

13. *Con carácter xeral, a permanencia en España en situación irregular por falta do preceptivo visado de residencia impide a admisión a trámite da solicitude da autorización de traballo que poida presentarse.* Tal máxima, extraída da **sentenza 527/2005**, non engade nada novo

ao exposto a propósito da recensión desta dentro dos pronunciamentos sobre permisos de traballo²²². Recórdese que a cuestión que se formula nela versa sobre os efectos que debe producir a falta de visado de residencia e, polo tanto, a situación irregular do estranxeiro en orde á solicitude de autorización de traballo presentada ao seu favor pola empresa que faille unha oferta de emprego.

B) Autorización, por circunstancias excepcionais, de residencia temporal con exención de visado (actualmente, sen esixencia de visado)

Saliéntanse aquí casos de solicitudes de autorizacións de residencia temporal tramitadas nun tempo en que a súa resolución favorable requiría a exención da obriga de obtención do visado de residencia e que hoxe, tras a reforma da LOEX levada a cabo pola Lei orgánica 14/2003, non esixirían este. Na maior parte dos casos invócase a concorrencia dalgunha das situacións que contemplaban, ata a súa modificación de 2003, os apartados 4 e 7 do art. 31 da LOEX, desenvolvidas polos arts. 49, 50.2 e 51 do REX/2001 e equivalentes ás que na actualidade figuran no apartado 3 do mesmo artigo da LOEX, desenvolvidas polos arts. 45, 46 e 47 do REX. A anterior circunstancia non priva de utilidade ás indicacións, as pautas ou os criterios xurisprudenciais que se exporán, pertencentes ás sentenzas que axuizaron aqueles casos ou deducibles delas. Tal utilidade subsiste na medida en que as aludidas pautas e indicacións serven para orientar a aplicación do art. 31.3 da LOEX e do 45.4.c) do REX. O mesmo sucede -por iso tamén se decata delas- coas indicacións ou pautas pertencentes ás poucas sentenzas que se pronuncian sobre supostos de solicitudes de exención de visado tramitadas conforme á Lei orgánica 7/1985 e a súa normativa regulamentaria.

14. *A autorización de residencia temporal con exención de visado (ou, actualmente, sen esixencia de visado) require que os motivos en que se apoie a solicitude poidan incluírse nalgún dos supostos aos que a normativa de estranxeiría vincula aquela vantaxe.* Non forman parte dos motivos que reúnen tal calidade a existencia dunha oferta de traballo ou dun precontrato de traballo. Así, respectivamente, sentenzas **846/2004** ("o que se invoca na solicitude inicial para obter a exención de visado é a existencia dunha oferta de traballo dunha empresa dedicada á carpintaría. A devandita existencia de oferta de traballo non é integrable (...) en ningún dos supostos" do art. 49 do REX/2001) e **1246/2000**, esta relativa a un caso de cidadá venezolana de orixe dominicana que xustifica a súa solicitude de exención de visado no precontrato de traballo de empregada de fogar subscrito cun cidadán español invidente, afectado de incapacidade permanente absoluta e co que di manter unha relación sentimental en espera dun futuro matrimonio. Para a Sala, "non ofrece dúbida que se a exención de visado

222. Véxase apartado II.1.E), número 10 deste capítulo.

que podería dar lugar á obtención do permiso de traballo e á autorización de residencia en España, fose tan doada de alcanzar como a actora pretende, a lexislación de estranxeiría resultaría superflua. A ninguén se lle escapa que chegar a posuír un precontrato como o achegado pola recorrente, obviamente de compracencia, por non entrar noutras disquisicións, ningunha dificultade entraña para os naturais de países estranxeiros”.

De acordo coa primeira desas sentenzas, tampouco forma parte dos aludidos motivos e, en concreto, non encaixa no suposto do *“interese público”* que contemplaba o art. 49.1.l) do REX/2001 e agora contempla o art. 45.5 do REX, colaborar *“durante un tempo en labores de limpeza para reducir os efectos dunha catástrofe ecolóxica”* (afundimento do buque *“Prestige”*). Aquel suposto *“está a pensar en científicos, investigadores e demais persoas de prestixio, non en persoas que con eloxiable espírito de solidariedade”*²²³ realizaron unha colaboración do tipo da indicada.

15. *A autorización de residencia temporal con exención de visado (e, actualmente, sen esixencia de visado) require a acreditación suficiente das circunstancias que permitirían a inclusión do estranxeiro nalgún dos supostos aos que a normativa de estranxeiría vincula aquela vantaxe.* Insisten sobre iso moitas das sentenzas ditadas en materia de visados. Para os efectos da súa recensión, parece útil agrupalas segundo o motivo invocado polo estranxeiro no recurso obxecto de cada unha delas e o suposto en que encaixaría o devandito motivo actualmente, de acordo co REX. A tal criterio responden os dous apartados que seguen.
 - a) Por implicar un perigo para a súa seguridade ou a da súa familia que o estranxeiro deba trasladarse, para os efectos de solicitar o visado, ao país do que é orixinario ou procede
16. *Para que poida apreciarse a concorrencia desta causa de recoñecemento da vantaxe examinada non abonda, no caso dun cidadán colombiano, coa notoriedade do conflito bélico e disturbios violentos que afectan a Colombia na actualidade.* Así, sentenza **327/2005**, segundo a cal *“é esencial probar”* que a indicadas circunstancias impidan *“a obtención do correspondente visado polo perigo que comporta”* para o estranxeiro ou a súa familia *“o traslado a aquel país”*; isto é, probar *“a afectación de forma concreta”* daquelas circunstancias á *“situación persoal no país de orixe”*. Sen tal proba, que está *“ausente no caso de autos”*, non cabe pretender que a invocación da causa contemplada poida servir para admitir a imposibilidade de obtención do visado de residencia en Venezuela. Pola data dos feitos axuizados, re-

223. A mesma observación en sentenza **240/2005**, comentada infra, apartado II.2.B).b).

sultan de aplicación ao caso o art. 31.7 da LOEX, suprimido, como se indicou, pola Lei orgánica 14/2003, e o art. 49.2.a) e b) do REX/2001.

17. *Para que poida apreciarse a concorrencia desta causa de recoñecemento da vantaxe examinada non abonda, no caso dun cidadán hindú, coa notoriedade dun conflito de carácter bélico entre a India e Paquistán na data en que aquel entra en España e a alusión, orfa de demostración, ao colapso do consulado español no primeiro deses Estados pola afluencia dos que pretendían saír del. Así, sentenza 1127/2003, aplicando tamén, pola data dos feitos axuizados, o suprimido art. 31.7 da LOEX e o art. 49.2 do REX/2001. Do razoamento daquela forman parte as seguintes indicacións:*
 - O recoñecemento da vantaxe discutida -non precisarse visado de residencia- require a acreditación da "existencia dun concreto e específico perigo para a integridade física do recorrente ou a da súa familia, derivado da súa volta ao país do que é orixinario". Para tales efectos pode valer a acreditación de circunstancias que poidan vincular ou conectar ao interesado co conflito armado, "como, por exemplo, o relevante dato da coincidencia espacial do territorio do conflito (...) co da súa residencia" no país afectado ou "o relativo á súa etnia ou relixión".
 - Eximiría da correspondente proba a notoriedade absoluta e xeral do feito do que depende a vantaxe²²⁴; isto é, do perigo para a vida ou seguridade que suporía o regreso ao país de orixe para solicitar alí o visado.
 - A anterior notoriedade non é confundible coa que poida ter a situación da que se pretenda derivar o aludido perigo para a vida ou seguridade. A notoriedade da aludida situación non leva consigo de forma necesaria a dese perigo en que se atoparía o estranxeiro ao regresar ao seu país. Isto é o que a Sala considera que sucede, precisamente, no caso de autos ("malia que poida ser de coñecemento xeral o conflito bélico habido entre India e Paquistán por Cachemira", deste non cabe deducir unha "situación política de India" que "impida ao actor acudir a ese país para a obtención do correspondente visado").
18. *Acredita suficientemente o perigo que representa para o estranxeiro trasladarse ao seu país para solicitar o visado, no caso dun cidadán cubano, a pertenza activa deste a grupos opositores ao réxime político de Cuba e as citacións que lle enviou, por tal motivo, a policía cubana. Así, sentenza 937/1998, en relación cun suposto acaecido baixo a vixencia da Lei orgánica 7/1985 e o seu regulamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, do 26 de maio. A Sala debe dilucidar se aquel podía considerarse comprendido nas "razóns excepcionais" de dis-*

224. Cfr. art. 281.4 da vixente Lei de axuizamento civil.

pensa da exención de visado ás que se refería o devandito regulamento (arts. 5.4 y 22.3):

"No presente suposto cabe entender como circunstancia excepcional (...) a invocada de pertenza do recorrente ao movemento pacifista cubano «Solidariedade e Paz» do que é delegado representante en España, así como coordinador do «Grupo de apoio á disidencia», intercedendo ante diversas instancias internacionais a favor de exiliados cubanos e dando a coñecer o que é a súa visión sobre a situación do país, o que, con independencia do xuízo que se poida ter sobre tales actividades, pode previsiblemente carrexarlle dificultades en caso de retorno á illa, como ao parecer xa as tivo á vista das citacións que recibiu por parte da policía cubana".

b) Por razóns de interese público ou arraigamento

19. *Non cabe pretender obter a autorización de residencia temporal con exención de visado (hoxe sería sen esixencia de visado) con base nunha mera invocación de razóns de arraigamento ou de interese público que non se acreditan e non se corresponden coas previstas pola normativa aplicable.* É a conclusión á que permite chegar a lectura da sentenza **240/2005**, que versa sobre un suposto de solicitude de autorización de residencia temporal con exención de visado (recórdese que actualmente, dende a Lei orgánica 14/2003, sería sen esixencia do devandito documento) baseada na concorrencia dunha das situacións que contemplaban, ata a súa modificación de 2003, os apartados 4 e 7 do art. 31 da LOEX. Recorrida en vía contencioso-administrativa a resolución governativa denegatoria, o xuíz *a quo* ditou sentenza desestimando a pretensión deducida naquela pola cidadá estranxeira, de nacionalidade uruguaia. Contra a devandita sentenza recorre esta en apelación e invoca, de xeito confuso (manifesta a Sala que "sen orde abonda, o que dificulta a análise"), como razóns que apoian a estimación da súa pretensión, a súa situación de arraigamento, tratarse dunha estranxeira cuxa residencia en España é de interese público e, por último, a non necesidade do visado para obter a autorización de residencia porque é italiana por ser neta de cidadán italiano e tamén -iso non deixa de ser contradictorio co anterior- porque así despréndese do "Tratado de recoñecemento, paz e amizade" subscrito entre España e Uruguai en 1870. A Sala rexeita os anteriores argumentos, desestima o recurso de apelación e confirma a sentenza recorrida. O último de tales argumentos coméntase no apartado seguinte, por ser propio da materia que nel se aborda.

Non concorren razóns de interese público²²⁵ nin de arraigamento "aos efectos de exención de visado" dende o momento en que a recorrente

225. Sobre a posibilidade de autorización da entrada e residencia temporal en España polas razóns indicadas véxanse art. 25.4 e 31.3 da LOEX, así como arts. 31, 45.5, 46.6.b) e 47 do REX.

"non demostrou a incardinación [da súa situación] en ningún dos supostos do art. 49.2" do REX/2001 (concordante, salvadas as importantes diferenzas apreciables, co art. 45 do REX). Aquela non expón "o motivo en que se podería basear" o interese público que habería de conducir á concesión dunha autorización de residencia temporal como a que pretende, "nin se aprecia razón algunha pola que deba aplicarse o devandito suposto"²²⁶. Ademais, pola data da súa entrada en España, é obvio que non reúne os elementos que definen o arraigamento: "entrou no noso país o 17 de agosto de 2003, é dicir, tan só dous meses antes de deducir a solicitude de permiso de residencia temporal e exención de visado, polo que non tivo tempo material para establecer a vinculación persoal, económica ou social esixidas"²²⁷.

En canto á invocación da súa nacionalidade italiana, que levaría a que a súa permanencia en España quedase suxeita ao entón vixente Real Decreto 178/2003, do 14 de febreiro, sobre entrada e permanencia en España de nacionais de Estados da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre Espazo Económico Europeo²²⁸, e, polo tanto, non precisase o visado do que, precisamente, se solicita exención, aparece que non é sostible. Tras subliñar a incongruente posición da recorrente neste punto ("por un lado solicitou a exención de visado e, por outra parte, alegou que é italiana por ser neta de cidadán italiano, de modo que se fose así non precisaría aquel visado nin a correlativa exención"), repara a Sala en que o único documento presentado para os efectos da acreditación da cidadanía italiana, expedido polo consulado de Italia, en modo ningún certifica a adquisición da nacionalidade deste Estado da Unión Europea e "o conseqüente dereito a que se lle aplique o réxime comunitario", pois só sinala que se está a tramitar un procedemento en tal sentido. Mentres tanto, mantén a nacionalidade uruguaia, á que ha de estarse para resolver o caso, sen prexuízo de que, se rematase por obter o recoñecemento da nacionalidade italiana, puidese aplicárselle, nese momento, o réxime propio da entrada e permanencia en España dos nacionais de Estados da Unión Europea.

C) Os Tratados internacionais subscritos con outros Estados e os seus efectos en orde ao acceso a unha autorización de residencia temporal sen necesidade de visado

En ocasións, o cidadán estranxeiro pretende que se lle conceda a autorización de residencia temporal²²⁹ sen necesidade de solicitar o oportuno visado invo-

226. Previsto -sinala a sentenza, igual que a **846/2004**- para científicos, investigadores e demais persoas de prestixio [cfr. arts. 41.2.d), 46.f) e 49.2.l) do REX/2001]

227. Sobre as condicións para a apreciación do arraigamento no momento en que se desenvolven os feitos do caso véxanse art. 41.2, b), c) e d) do REX/2001. Co citado precepto concorda, hoxe, o art. 45.2 do REX 228. Concorda o devandito texto regulamentario co vixente Real Decreto 240/2007, do 16 de febreiro, que o derroga e substitúe.

cando a existencia dun Tratado subscrito entre o seu país e España que ampara a súa petición. No período considerado (1998-2008), aparecen, polo menos, dúas sentenzas que deben pronunciarse sobre a cuestión: a **516/2003**, relativa a unha cidadá *arxentina*, e a **240/2005**, relativa a unha cidadá *uruguia*. As dúas rexeitan a pretensión da recorrente en apelación, isto é, non se estaría ante supostos comprendidos no ámbito do art. 25.2 da LOEX, segundo o cal a entrada en España dun estranxeiro precisa que este conte co oportuno visado "salvo nos casos en que se estableza o contrario nos convenios internacionais subscritos por España ou na normativa da Unión Europea".

20. *Non serven, aos efectos indicados, nos casos de nacionais de Uruguai, ningún dos Tratados subscritos con este Estado.* Na sentenza **240/2005**, unha das razóns invocadas pola apelante para fundar a súa pretensión de non precisar visado a súa autorización de residencia temporal era, segundo se adiantou no apartado precedente, que a existencia daquel a un cidadán uruguia resulta contraria ao "Tratado de recoñecemento, paz e amizade" subscrito entre España e Uruguai en 1870. Pois ben, a Sala rexeita tal argumento á luz das modificacións que introducen na materia dous Tratados posteriores: o Acordo sobre supresión de visados, de 1981, e o Tratado xeral de cooperación e amizade entre España e Uruguai, de 1992, ao contido das cales debe estarse. Neles non se exige aos cidadáns uruguaios da necesidade de contar co visado de residencia para acceder á autorización de residencia temporal, igual que tampouco se exige a aqueles da aplicación da normativa sobre autorizacións para traballar e condicións para a concesión destas²³⁰.
21. *Ningún Tratado subscrito con Arxentina leva consigo a inesixibilidade de visado de residencia aos cidadáns do devandito Estado. Só as estanzas inferiores a tres meses quedan exentas da esixibilidade do correspondente visado*²³¹. A autorización de residencia temporal²³² dos cidadáns arxentinos precisa, pois, o visado de residencia²³³, salvo que concorran algunha das circunstancias ás que a normativa sobre estranxeiría atribúe o efecto de facer inesixible aquel²³⁴. Tal é o criterio que se obtén da lectura do "fundamento de dereito" segundo da primeira das sentenzas ás que se fixo referencia -a **516/2003**-:

229. Recórdase que é tal "a situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco anos" (art. 31.1 da LOEX).

230. Véxase *supra*, apartado II.1.A), número 1 deste mesmo capítulo.

231. Do coñecido hoxe, tras a modificación da LOEX pola Lei orgánica 14/2003, como "visado de estanza", que "habilita para unha estanza ininterrompida ou estanzas sucesivas por un período ou suma de períodos cuxa duración total non exceda de tres meses por semestre a partir da data da primeira entrada" en España (art. 25.bis da LOEX)

232. Véxase *supra*, nota 34.

233. Isto é, o "que habilita para residir sen exercer actividade laboral ou profesional" (art. 25.bis da LOEX). Obviamente, se se pretendese traballar sería necesario o "visado de traballo e residencia".

234. Cfr. art. 31.3 da LOEX e art. 45 do REX

"Aparte dos Acordos de Tempere, de outubro de 1999 (en que se concreta a lista de países cuxos nacionais necesitan visado para entrar na Unión Europea), o Troco de notas asinado entre España e a República Arxentina do 8 de xullo de 1960 só suprime a esixencia de visado para estancias inferiores a tres meses (...). De feito, na condición 6ª do Troco de notas xa faise constar que a supresión do visado establecido na propia nota (é dicir, o previsto para quen só desexa viaxar a España e permanecer nesta tres meses) non exime aos titulares de pasaporte oficial arxentino ou documento equivalente da observancia das leis e dos regulamentos en vigor concernentes ao ingreso, a permanencia e a saída de España. Polo tanto, a actora [que pretende permanecer de forma estable en territorio español] precisa visado como requisito para a entrada (...), conforme ao disposto no artigo 25.2" da LOEX.

D) Acceso á tarxeta de residencia de familiar de cidadán da Unión por parte do cónxuxe extracomunitario de cidadán español, da súa parella de feito extracomunitaria ou do seu fillo de nacionalidade tamén extracomunitaria

22. *O tempo que transcorrera dende a celebración do matrimonio carece de efectos en orde ás condicións en que o cónxuxe extracomunitario de cidadán español pode obter a tarxeta de residencia de familiar de cidadán da Unión (noutro momento, tarxeta de residente comunitario); non inflúe niso que aquel se contraía atopándose o estranxeiro en España en situación irregular. É a pauta que se extrae, entre outras, das sentenzas 1518/2001 (cidadá filipina), 1502/2001 (natural de República Dominicana e cidadá de Venezuela por razón dun matrimonio anterior), 1225/2001 (cidadá colombiana) 457/2001 (cidadá de Camerún), 1250/2000 (cidadá dominicana) e 10/1999 (cidadán arxentino). Recórdase que as dúas últimas pertencen á Sección 2ª da Sala. A devandita pauta continúa rexendo, tras unha breve paréntese, definida polo período en que estivo en vigor o Real Decreto 178/2003, do 14 de febreiro, sobre entrada e permanencia en España de nacionais de Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, cuxo art. 11.3.C).4º supeditaba a obtención da tarxeta con exención do visado de residencia a que mediase, polo menos, un ano de convivencia matrimonial en España, o que gardaba correspondencia co igual prazo pedido para a obtención de permiso de residencia con exención de visado, previsto no apartado 7 do art. 31 da LOEX, introducido pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro, e suprimido pola Lei orgánica 14/2003, do 20 de novembro. Non obstante, a diferenza da situación anterior á primeira modificación da LOEX, en que a pauta era froito da interpretación xudicial da correspondente normativa, hoxe vén imposta por esta; en concreto, polo Real Decreto 240/2007, do 16 de febreiro, sobre entrada, libre circulación e residencia en España de cidadáns dos Estados membros da Unión Europea e doutros Estados*

parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, que omite calquera referencia á necesidade de que medie un período previo de matrimonio e cuxa aplicación ao suposto ordena, de forma expresa, a disposición adicional vixésima do REX, engadida pola disposición final terceira daquel²³⁵.

Nas seis sentenzas antes indicadas discútese se o cónxuxe non comunitario de cidadán español pode ser beneficiario, con independencia do tempo transcorrido dende a celebración do matrimonio, dunha exención de visado de residencia no pasaporte para a obtención da tarxeta de residencia de familiar de cidadán da Unión Europea. Coa entrada en vigor do Real Decreto 240/2007, do 16 de febreiro, desaparece a esixencia dese visado e, ademais, segundo se sinalou, xa non ofrece dúbida que o tempo de matrimonio é irrelevante para os efectos do acceso á tarxeta examinada. O resultado é a aplicación ao cónxuxe non comunitario de cidadán español dun réxime moi diferente e moito máis vantaxoso que o das autorizacións de residencia de estranxeiros non comunitarios que manteñan vínculo matrimonial con outros estranxeiros con residencia legal en España e, igualmente, non comunitarios, das que se ocupan os arts. 16 a 19, ambos os dous incluídos, e 33.1 da LOEX e os arts. 38 a 44, tamén ambos os dous incluídos, e o 45.2.b) do REX.

Cando se desenvolveron os supostos de feito sobre os que se pronuncia a Sala, existía precepto regulamentario -a disposición segunda, 2.f) da Orde do 11 de abril de 1996- que atribuíu ao período previo de matrimonio o efecto de permitir, só se alcanzaba un mínimo, a referida exención do preceptivo visado de residencia. Non obstante, como advirten as seis sentenzas, o precepto non era válido, pois infrinxía o principio de xerarquía normativa (a súa previsión era *ultra vires* ou, en termos empregados pola Sala, constituía un ilícito "exercicio da habilitación conferida" ou un desenvolvemento de "normas de rango superior dun modo que contraría o seu sentido")²³⁶ e, tamén segundo sinalan algunhas daquelas facendo propio o criterio do TS, por conculcar o principio constitucional de protección á familia (art. 39.1 CE: "os poderes públicos aseguran a protección social, económica e xurídica da familia")²³⁷ e opoñerse, mesmo, ao disposto nos preceptos do Código civil (arts. 67 e 68) que impoñen aos cónxuxes "os deberes de vivir xuntos, respectándose e axudándose mutuamente en interese da familia, os cales non veñen condicionados polo tempo de duración do vínculo matrimonial senón que se producen dende o momento de con-

235. Como antes, o matrimonio ten que ser actual; isto é, non debe mediar acordo ou declaración de nulidade, divorcio ou separación legal (cfr. disposición adicional vixésima do REX e art. 2 do Real Decreto 240/2007; tamén art. 2 do Real Decreto 766/1992).

236. Destácanse todas menos unha, a 1518/2001.

237. Así, sentenzas 10/1999, 1250/2000 e 1518/2001.

traer matrimonio”²³⁸. Iso mostra que, aínda que a incorporación do contido do precepto a unha posterior norma de suficiente rango permitiría eludir o primeiro deses obstáculos (infracción da xerarquía normativa), non impediría que se lle puidesen continuar opoñendo os outros dous.

Nos seis casos a normativa aplicable estaba constituída polo Real Decreto 766/1992, de 26 de xuño, sobre entrada e permanencia en España de nacionais de Estados membros da Unión Europea e outros Estados partes no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, que dispoñía que “aos familiares de españois” se lles expediría, “en *todo caso*, unha tarxeta de residencia con cinco anos de vixencia” (art. 6.5) e contemplaba, en relación coa documentación a presentar coa solicitude de expedición da tarxeta, a posibilidade de dispensar da presentación do visado, por razóns excepcionais, aos familiares que non posúisen a nacionalidade dalgún dos referidos Estados. Así mesmo, formaba parte da normativa contemplada a xa citada Orde do 11 de abril de 1996, sobre exencións de visados, cuxa disposición segunda, 2.f) incluíu, en desenvolvemento da anterior previsión, entre os supostos susceptibles de aparelar unha de tales exencións, o do estranxeiro cónxuxe de cidadán español do que non se atope separado de dereito e que acredite un período previo de matrimonio de *tres anos* no momento da solicitude da exención. Pois ben, foi a falta deste último requisito²³⁹ a que conduciu, en todos os casos, á denegación da exención por parte da autoridade gubernativa.

En todos os casos a Sala estima o respectivo recurso contencioso-administrativo interposto contra a resolución gubernativa e anúlala declarando o dereito do recorrente a obter a exención de visado solicitada. A argumentación, construída sobre os motivos xa expostos e nas sentenzas **1502/2001**, **1225/2001** e **457/2001** de forma moito máis ampla que nas outras tres, coincide coa mantida noutros casos similares dos que coñeceu a mesma Sala e a Sala do contencioso-ad-

238. Sentenza **1502/2001**.

239. As datas de celebración do matrimonio e de solicitude de exención de visado e de tarxeta de residencia foron, en cada caso, as seguintes:

- Sentenza **1225/2001**: 22 de agosto de 1996 e 12 de xaneiro de 1998, respectivamente.
- Sentenza **1518/2001**: 6 de setembro de 1997 (matrimonio). Aínda que non consta cando se solicitou a exención de visado, pola data da resolución gubernativa que a denega dedúcese que a súa solicitude se presentou, como moito, aos poucos meses do matrimonio.
- Sentenza **1502/2001**: 22 de xuño de 1998 e 28 de agosto de igual ano, respectivamente.
- Sentenza **457/2001**: 18 de outubro de 1997 e 12 de decembro de igual ano, respectivamente.
- Sentenza **1520/2000**: 2 de marzo de 1996 (matrimonio). Aínda que non consta cando se solicitou a exención de visado, pola data da resolución gubernativa que a denega dedúcese que a súa solicitude se presentou, como moito, aos poucos meses do matrimonio.
- Sentenza **10/1999**: 7 de xuño de 1996 (matrimonio). Aínda que non consta cando se solicitou a exención de visado, pola data da resolución gubernativa que a denega, de 22 agosto de 1996, dedúcese que a súa solicitude se presentou de inmediato.

ministrativo doutros Tribunais Superiores de Xustiza ou do TS. Reprodúcese, a continuación a que figura na máis recente das tres que se acaban de citar -a **1502/2001**-:

"A ausencia deste período previo de tres anos [de matrimonio] determinou que a autoridade gubernativa denegase a exención de visado, pero esta Sección (nas sentenzas resolutorias dos recursos 37/98, 137/98, 169/98 e 1335/98), así como previamente a Sección segunda desta mesma Sala (por todas, sentenza do 21 de outubro de 1997), chegaron á conclusión de que abonda coa existencia do matrimonio, sen visos de fraude (acorde coa esixencia de boa fe), para que haxa de outorgarse a exención de visado, sen a necesidade da concorrencia daquel período de tres anos".

A introdución de semellante requisito "non pode ser tido como un lícito exercicio da habilitación conferida ao Ministerio do Interior pola disposición final 2 do Real Decreto 766/1992, de 26 xuño, para o ditado das disposicións necesarias para a aplicación e desenvolvemento do disposto neste. En efecto, o exercicio da devandita habilitación de desenvolvemento regulamentario ha de cohonestarse e supeditarse, en virtude do principio de xerarquía normativa, co contido dos artigos 2, 4.1 e 6.5 do Real Decreto 766/1992 (...), en cuxa virtude o cónxuxe non separado de dereito de persoa de nacionalidade española adquire o dereito de permanencia en España sen supeditación ningunha a un determinado tempo de vixencia do matrimonio, xerándose, por este solo feito xurídico do matrimonio, o correlativo deber da autoridade gubernativa de expedir a tarxeta de residencia ao cónxuxe de español 'en todo caso'".

"De conformidade cos anteriores fundamentos, este Tribunal, en cumprimento do disposto no artigo 6 da Lei orgánica 6/1985, de 1 xullo, do Poder Xudicial, inclínase pola inaplicabilidade da disposición segunda, apartado 2.f) da Orde do Ministerio de Xustiza e Interior de 11 abril de 1996 para a resolución pola autoridade gubernativa das solicitudes de exención do visado que, eventualmente, poida requirirse para a tramitación do procedemento de tarxeta de residencia a favor de persoa estranxeira que sexa cónxuxe non separado de dereito de persoa de nacionalidade española.

O mencionado é o criterio seguido así mesmo polo Tribunal Supremo en sentenzas do 19 de decembro de 1995, 16 de xaneiro de 1996, 17 de marzo, 14 de abril, 12 e 25 de maio e 9 e 21 de decembro de 1998, 23 de xaneiro, 24 de abril e 8 de maio de 1999, 1 de xullo e 6 de maio de 2000, 1 de febreiro e 21 de maio de 2001, pola sección 1ª da Sala do contencioso-administrativo do TSJ de Madrid en sentenzas do 11 de xullo de 1997 e 2 e 20 de febreiro de 1998, pola [sentenza de igual] Sala do TSJ do País Vasco do 13 de novembro de 1997, pola [sentenza de igual Sala do TSJ] de Murcia do 5 de outubro de 1998.

Á razón xa exposta de extralimitación respecto aos Reais Decretos 155/1996 e 766/1992, o Tribunal Supremo engade que a esixencia dun período previo de tres anos conculca o principio constitucional de protección á familia, recollido no artigo 39.1 da Constitución, e oponse ao establecido nos artigos 67 e 68 do Código civil (...)"

A maioría dos parágrafos transcritos aparecen tamén, case en iguais termos, nas outras dúas sentenzas. En concreto, só se engaden a maio-

res dos que figuran na sentenza **457/2001** os parágrafos primeiro e último; respecto aos da sentenza **1225/2001**, o único que se engade é o parágrafo último.

Por certo, segundo parece deducirse de certa pasaxe común ás tres sentenzas, non condicionaría o sentido da solución que debe darse a este tipo de casos que o matrimonio se contraese atopándose o cónxuxe estranxeiro en situación irregular en España:

”A aplicación do concepto xurídico indeterminado das «razóns excepcionais» que dispensan da presentación do visado de residencia no pasaporte a persoa que solicita a tarxeta de residencia por acceder á condición de cónxuxe de persoa de nacionalidade española *con posterioridade á súa entrada*²⁴⁰, non pode verse afectada pola esixencia dun período previo de tres anos prevista na disposición segunda, apartado 2.f) da Orde do Ministerio de Xustiza e Interior do 11 de abril de 1996”.

Tráese de novo a colación que a expresada neutralidade da duración do matrimonio, proclamada por sentenzas como as salientadas, quebrou, antes de volver impoñerse da man da normativa vixente, tanto para o extracomunitario cónxuxe de residente legal tamén extracomunitario como para o extracomunitario cónxuxe de cidadán español. En efecto, dende a introdución do precepto pola Lei orgánica 8/2000 e ata a súa supresión pola Lei orgánica 14/2003, o primeiro quedaba suxeito ao disposto no apartado 7 do art. 31 da LOEX, segundo o cal a exención de visado solicitada por aquel precisaba a acreditación de levarse convivindo polo menos durante un ano. En canto ao segundo, en virtude do art. 11.3.C).4º do Real Decreto 178/2003, pasou a estar sometido a igual requisito para obter a exención da necesidade, entón aínda existente, de acompañar de visado a súa solicitude de tarxeta de residencia de familiar de cidadán da Unión. Neste panorama normativo debe situarse o fallo da sentenza **696/2004**, que confirma a procedencia da denegación da exención de visado de residencia decidida pola autoridade gobernativa (Subdelegado do Goberno de Pontevedra). A referida confirmación prodúcese tras comprobarse que o matrimonio do estranxeiro solicitante, cidadán de Ecuador, non chegaba ao referido ano (a súa celebración produciuse o 10 de setembro de 2003 e a solicitude de exención de visado presentouse o 27 de outubro de igual ano) e non concorían circunstancias que evidenciasen que non se trataba dun matrimonio de convivencia:

”Sen dúbida son de valorar unha serie de factores que no caso de autos non concorren”; a esixencia de, polo menos, un ano matrimonio “vén a achegar seriedade ao vínculo matrimonial nun intento de evitar fraudes de lei nunha aplicación torcida da norma. No caso concreto, non se coñecen circunstancias concomitantes relativas, por exemplo, a un tempo de convivencia [matrimo-

240. A cursiva é nosa.

nial] previo, partindo da escasa duración do matrimonio ao tempo de formular a solicitude [de visado], que axudase a despexar dúbidas sobre un eventual matrimonio de conveniencia como medio para a obtención de permisos subxacentes e (*sic*) sen prexuízo de que, aínda que se revogue a sentenza de instancia confirmando a resolución governativa, dado o tempo transcorrido unha reiteración na solicitude de amparo dos motivos de que vimos facendo análise (*sic*), pode obter unha decisión distinta por parte das autoridades competentes”.

Se as aludidas circunstancias concorresen, parece que a solución podería ser outra: recoñecemento do dereito á obtención da exención de visado a través dunha aplicación do art. 11 do Real Decreto 178/2003 acorde co dereito constitucional á protección da familia (art. 39.1 da CE) e a salvagarda dos dereitos e deberes dos cónxuxes, entre eles o de convivencia dende o matrimonio. Vista a restauración da neutralidade da duración do matrimonio, o único que permanece actual de todo o razoamento que fai a sentenza é, sen dúbida, a necesidade que apunta de analizar as cuestións de estranxeiría que afectan a familia dende a óptica dos principios aos que se acaba de facer referencia.

23. *Constando a convivencia co cidadán español, a súa parella de feito extracomunitaria goza das mesmas facilidades que o cónxuxe extracomunitario á hora de acceder á tarxeta de residencia de familiar de cidadán da Unión (noutro momento, tarxeta de residente comunitario). Para tales efectos, a unión de feito equipárase ao matrimonio.* Trátase dunha regra cuxa observancia se impón hoxe a raíz do disposto na disposición adicional vixésima.1 do REX, que ordena a aplicación do Real Decreto 240/2007, do 16 de febreiro, “calquera que sexa a súa nacionalidade” e nos termos que neste se prevén, aos familiares do cidadán español que lle acompañen ou se reúnan con el e estean incluídos nalgunha das categorías que o propio precepto establece. Entre tales categorías figura, equiparándose á situación do cónxuxe, “a parella coa que [se] manteña unha unión análoga á conxugal, inscrita nun rexistro público establecido a eses efectos nun Estado membro da Unión Europea ou nun Estado parte no Espazo Económico Europeo”²⁴¹.

A regra conta cun precedente na xurisprudencia, que a adoptou cando non había unha previsión normativa expresa ao respecto. Neste sentido, aparece, por exemplo, nas sentenzas **849/1998** e **339/1999**, ambas as dúas da Sección 2ª da Sala galega, relativas, respectivamente, á convivencia marital e estable con cidadán español dunha cidadá brasileira (“a situación de convivencia da recorrente cun cidadán español está suficientemente acreditada no expediente”) e dunha cidadá dominicana [“consta documentalmente acreditado (...) que a recorrente convive maritalmente, dende aproximadamente catro anos antes de realizar a súa solicitude, co cidadán español”].

241. Cfr. art. 2 do Real Decreto 240/2007.

24. *Vivindo en España a expensas dos seus pais españois, ten dereito á tarxeta o fillo de nacionalidade extracomunitaria e maior de idade.* Certificación, en caso ao que resultou de aplicación o Real Decreto 766/1992, a sentenza **494/2003**, a propósito da solicitude de tarxeta presentada por un cidadán venezolano fillo de pais españois (polo tanto, español de orixe) dos que só vive a súa nai, da que depende economicamente e á que, igual que ao seu avó, coida. Hoxe, o referido dereito, que xa non figura condicionado á obtención do visado de residencia ou á súa exención²⁴², concédeose a disposición adicional vixésima.1 do REX e a aplicación ao suposto, na súa virtude, do Real Decreto 240/2007. De acordo con aquela disposición adicional do REX e o art. 2 do citado Real Decreto, este texto legal aplícase, tamén "calquera que sexa a súa nacionalidade" e nos termos que nel se prevén, cando acompañen ou se reúnan co cidadán español, "aos seus descendentes directos (...) menores de vinte e un anos, *maiores da devandita idade que vivan ao seu cargo*, ou incapaces".

E) Extinción da autorización de residencia temporal

25. *Constitúe unha inexactitude grave das alegacións formuladas para a obtención da autorización, xustificativa da extinción desta, o feito de que o seu titular indicara que a pretende para dedicarse á actividade de hostalaría rexentando un café-bar e se comprobe, con posterioridade á súa concesión (e á de traballo), que o rexentado é un club de alterne.* Así, sentenza **1064/2001**. A extinción pola indicada inexactitude grave das alegacións, prevista no art. 60.2 do REX/1996 [causa e)], aplicado pola sentenza, figura hoxe no art. 75.2 do REX ["A autorización de residencia temporal extingúirase por resolución motivada da autoridade competente para a súa concesión (...) d) Cando se comprobe a inexactitude grave das alegacións formuladas por titular para obter a devandita autorización de residencia"].

III. SENTENZAS SOBRE RESOLUCIÓNS GOBERNATIVAS (OU ADMINISTRATIVAS) SANCIONADORAS

A gran maioría dos recursos (contencioso-administrativos ou de apelación) interpostos ante o TSJ galego contra resolucións sancionadoras en materia de estranxeiría teñen como obxecto a impugnación de resolucións recaídas en expedientes, ben de expulsión por permanencia irregular en territorio español ou outras infraccións que teñen prevista tal medida, ben de imposición de sanción pecuniaria por promoción, amparo ou facilitación daquela permanencia [art. 54.1.b) da LOEX]. O número de recursos de cada un deses dous tipos é moi superior respecto ao dos que teñen como obxecto a impugnación doutras sancións, entre elas a multa por contratación de traballadores estranxeiros sen contar coa previa autorización de traballo [art. 54.1.d) da LOEX]. O grupo máis numeroso é, con moito, o dos recursos contra a imposición da sanción de

242. Cfr. art. 10.3.d) do Real Decreto 766/1992 e at. 11.3.C).3º.a) do Real Decreto 178/2003, do 14 de febreiro.

expulsión; son excepcionalísimos os casos de estimación. No extremo oposto figuran os recursos que teñen como obxecto a impugnación da sanción imposta ao estranxeiro ao que se lle imputa a comisión da infracción consistente na omisión da comunicación dos cambios da súa situación laboral; isto é, a infracción que tipifica, na actualidade, o art. 52.a) da LOEX.

Das 137 sentenzas localizadas no período 1998-2008 que se indicou que abordan cuestións de estranxeiría, coñecen de recursos interpostos contra resolucións sancionadoras 57 (o 41'60 por cento). A súa distribución segundo que confirmen ou non a procedencia da sanción, o tipo de expediente e a infracción sobre a que deben pronunciarse é a que mostra o cadro que se insire a continuación.

Expedientes de expulsión			Outros expedientes		
Só por permanencia irregular en España	Por outro tipo de infracción ou por esta e a permanencia irregular en España	Por condena (art. 57.2 da LOEX)	Por amparo ou promoción da permanencia irregular en España	Por contratación do traballador estranxeiro sen obtención da previa autorización de traballo	Por omitir o estranxeiro a comunicación de cambios do seu domicilio ou da súa situación laboral
22	11	3	14	5	2
Sentenzas que estiman a infracción e confirman a procedencia da expulsión	Sentenzas que estiman a infracción e confirman a procedencia da expulsión	Sentenzas que confirman a procedencia da expulsión	Sentenzas que confirman a multa imposta	Sentenzas que confirman a multa imposta	Sentenzas que confirman a multa imposta
21	9	3	13	2	1
Sentenzas que non aprecian a infracción e anulan a resolución governativa que acordou a expulsión	Sentenzas que non aprecian a infracción e anulan a resolución governativa que acordou a expulsión		Sentenzas que non aprecian a existencia de infracción		
0	2		1		
Sentenzas que estiman a infracción e substitúen a expulsión acordada por unha multa					
1					

Como se aprecia, o maior número de casos corresponden a expedientes de expulsión por permanencia irregular en España [art. 53.a) da LOEX]. Dos vinte e dous casos en que esta aparece como a única causa imputada, a Sala confirma a resolución gubernativa que acordou a referida sanción en vinte e un; no outro, en que non se discute esta, senón o importe da multa pola que o xulgador *a quo* estima procedente substituíla, a Sala, que non pode pronunciarse sobre tal substitución, por haberse aquietado a ela a Administración, remata por reducir o importe da multa²⁴³. A expulsión pola antiga causa prevista no art. 26.1.f) da Lei orgánica 7/1985 ("carecer de medios lícitos de vida, exercer a mendicidade ou desenvolver actividades ilegais") ocupa, a moita máis distancia xa, o segundo lugar en canto ao número de casos. Das seis ocasións en que a devandita causa se presenta como a única que serve de base á resolución gubernativa atacada, a Sala só anula esta nunha, por constar un sobresemento provisional da causa penal incoada contra o estranxeiro que deixa sen fundamento a imputación da súa dedicación a actividades ilegais²⁴⁴. En tres ocasións o expediente se atopa motivado, ademais de por aquela, pola permanencia irregular, á sazón considerada no art. 26.1.a) da Lei orgánica 7/1985. Só nunha delas se anula a resolución gubernativa, ao aceptarse que o recorrente residía en Portugal e que a súa permanencia en España era ocasional²⁴⁵. Noutra ocasión, onde tamén se confirma a resolución gubernativa, a expulsión aparece motivada, aparte de pola carencia de medios lícitos de vida, por falta de autorización de traballo [art. 26.1.b) da Lei orgánica 7/1985, concordante co art. 53.b) da LOEX]²⁴⁶. En fin, un caso refírese a unha expulsión polo exercicio de actividades contrarias á orde pública²⁴⁷ e os tres que restan á expulsión por condena, dentro ou fóra de España, motivada por conduta dolosa que constituía no noso país delito sancionado con pena privativa de liberdade superior a un ano" [art. 57.2 da LOEX, concordante co art. 26.1.d) da Lei orgánica 7/1985].

En canto ás dezanove sentenzas correspondentes aos casos onde se discute a multa imposta por promoción da permanencia irregular do estranxeiro en España ou pola súa contratación sen a previa obtención da autorización de traballo, chama a atención que en dezaseis -a inmensa maioría, pois- as condutas constitutivas da infracción imputada gardan relación coa actividade de "alterne"; iso permite considerar que esta constitúe un foco principal de captación de inmigración clandestina e contratación ou utilización laboral de man de obra estranxeira sen contar coa preceptiva autorización de traballo. Desas dezaseis sentenzas, a actividade de alterne está presente nas catorce -todas- que tratan da infracción por promoción da permanencia irregular en territorio español. Salvo nunha delas, a Sala confirma as resolucións gubernativas sancionadoras. Igual confirmación da resolución gubernativa prodúcese nos dous casos nos que

243. Sentenza 557/2008, do 23 de xullo, ditada en recurso de apelación Véxase a súa recensión *infra*, apartado III.1.D), número 15.

244. Sentenza 1108/2001, do 19 de xullo, Sección 2ª (JUR 2001/282142), ditada en recurso contencioso-administrativo.

245. Sentenza 1239/2000, do 14 de setembro, Sección 2ª (JUR 2001/17023), ditada en recurso contencioso-administrativo.

246. Sentenza 942/2001, do 11 de xullo (JUR 2001/288117), ditada en recurso contencioso-administrativo.

247. Sentenza 45/2002, do 16 de xaneiro (JUR 2002/133836).

a infracción por contratación do estranxeiro sen a previa autorización de traballo aparece unida á ocupación na referida actividade. Na maior parte de tales supostos de promoción da permanencia irregular ou de contratación sen autorización de traballo a conduta sancionada observouse respecto a unha pluralidade de cidadás estranxeiras.

1. Expulsión do territorio español

A expulsión do territorio español, prevista hoxe no art. 57 da LOEX e de cuxo procedemento de imposición se ocupa, tamén hoxe, o REX [nos seus arts. 130 a 134, ambos os dous incluídos (procedemento "preferente"), cando a expulsión se atope unida á imputación dalgunha das infraccións que indica o primeiro deses preceptos; e nos arts. 122 a 129, tamén ambos os dous incluídos, nos demais casos,], é obxecto, segundo se acaba de indicar, do maior número de sentenzas que deben pronunciarse sobre recursos interpostos contra resolucións gobernativas sancionadoras. Das 36 sentenzas sobre ela que se localizaron, selecciónanse para o seu comentario, breve recensión ou cita, de acordo cos criterios explicitar ao final do apartado I do presente capítulo, as seguintes:

- 557/2008, do 23 de xullo (JUR 2008/265117).
- 544/2008, do 23 de xullo (JUR 2008/265119).
- 518/2008, do 16 de xullo (JUR 2008/249857).
- 1012/2005, do 7 de decembro (JUR 2006/75011).
- 893/2005, do 9 de novembro (JUR 2006/86724).
- 866/2005, do 9 de novembro (JUR 2006/86706).
- 726/2005, do 13 de outubro (JUR 2005/273683).
- 306/2005, do 27 de abril (JUR 2005/192658).
- 271/2005, do 20 de abril (JUR 2005/192740).
- 937/2004, do 15 de decembro (JUR 2005/197405).
- 908/2004, do 9 de decembro (JUR 2005/197431).
- 884/2004, do 3 de decembro (JUR 2005/197444).
- 1063/2001, do 3 de outubro (RJCA 2002/84).
- 942/2001, do 11 de xullo (JUR 2001/288117).
- 122/2001, do 7 de febreiro (JUR 2001/146976).
- 702/1998, do 23 de xullo (RJCA 1998/3110).

Nun caso -sentenza **306/2005**-, a expulsión é consecuencia dunha condena por conduta dolosa constitutiva de delito sancionado con pena privativa de liberdade superior a un ano (art. 57.2 da LOEX); noutro -sentenza **271/2005**-

prodúcese en relación cun suposto ao que resultou de aplicación o art. 89 do CP. Nos demais aparece imposta por comisión de condutas constitutivas da infracción consistente en atoparse irregularmente o cidadán estranxeiro en territorio español [art. 52.a) da LOEX].

A) *Expulsión pola infracción consistente na permanencia irregular en España do cidadán estranxeiro [art. 53.a) da LOEX; art. 26.1.a) da Lei orgánica 7/1985]*

1. *Ademais da inexistencia das condicións definitorias dalgún tipo de arraigamento previsto na normativa sobre estranxeiría, reforza a imposición da expulsión pola infracción examinada, de forma especial, o feito de que o cidadán estranxeiro leve un período prolongado de permanencia irregular en España sen realizar ningunha xestión tendente a regularizar a súa situación. A concorrencia desta circunstancia na permanencia irregular constitúe un ingrediente da "proporcionalidade" da expulsión que se acorde e impide, por xustificación, que poida prosperar a pretensión de substitución desta medida por unha multa. Atenden dun ou outro modo a tal circunstancia un gran número das sentenzas que deben valorar acordos de expulsión por permanencia irregular. Entre elas, ultimamente, e de forma moi destacada e central, as **544/2008** e **518/2008**, ambas as dúas rexeitando que vulnere o principio de proporcionalidade a expulsión do cidadán estranxeiro que ata o momento da súa interceptación por funcionarios da policía non realizara, ao longo dos case sete meses de permanencia irregular en España, na primeira, e case cinco meses, na segunda, ningún tipo de xestión dirixida a regularizar a súa situación. En tales circunstancias, a expulsión convértese na "sanción que restablece a orde xurídica perturbada, pois, "se se aceptase a pretensión de rebaixar a sanción procedente a unha multa, produciríase o efecto paradoxal e inaceptable de que a comisión da infracción resultaría máis beneficiosa para o infractor que o cumprimento da norma infringida (art. 131.2 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das Administracións públicas e do procedemento administrativo común), por canto a través desa sanción pecuniaria estaría a outorgar a aquel un título para seguir residindo ilegalmente no noso territorio, o cal é, loxicamente, contraditorio coa finalidade da lei aplicable, ao tratarse dunha infracción por estanza ilegal"²⁴⁸.*
2. *Para os efectos de determinar cando a falta de calquera xestión tendente á regularización da súa situación en España por parte do cidadán estranxeiro alcanza unha entidade tal que permite, ademais de apreciar a comisión da infracción do art. 53.a) da LOEX, considerar xustificable o acordo de expulsión, cabe reparar en se aquela falta proseguíu ou non unha vez superado de forma significativa o período dos*

248. Recorren tamén a este tipo de consideracións, con anterioridade e dentro das sentenzas aquí seleccionadas, as **937/2004** e **726/2005**.

noventa días que define a situación de estancia de acordo cos arts. 30.1 da mesma LOEX e o art. 25.1 do REX. O mantemento da falta de xestións despois dese período dota a permanencia irregular dun "plus" que xustifica a procedencia da expulsión e o seu acomodo ao principio de proporcionalidade. Esta pauta, complementaria da anterior, aparece tamén en numerosas sentenzas, entre elas, de novo e tamén de forma moi destacada, as **544/2008 e 518/2008**:

"Esta Sala, co fin de dar sentido ás esixencias documentais que se derivan dos artigos 25 da Lei orgánica 4/2000 (...) e 29 [sen dúbida, quérese facer referencia ao 25] e seguintes" do Real Decreto 2393/2004 (...), vén entendendo que se o estranxeiro, unha vez superado sobradamente o período inicial de noventa días de estancia (artigo 25.1 RD 2393/2004), non realizou ningún tipo de xestión para regularizar a súa situación en España, carecendo de autorización para residir e traballar, atópase na situación irregular a que refírese expresamente o artigo 53.a) da O 4/2000, exteriorizando a súa intención de prolongar a súa permanencia sen regularización ningunha, o que dá mostra dun «plus» respecto a quen trata de legalizar a súa situación revelando intentos para iso, polo que nese suposto vimos considerando que tal conduta inactiva durante un tempo prolongado constitúe dato negativo suficiente que se engade á mera permanencia ilegal e xustifica a imposición da sanción de expulsión".

Segundo indican as propias sentenzas, a posición exposta conta co aval da Sala 3ª do TS e, en concreto, das súas sentenzas do 8 de novembro e 26 de decembro de 2007.

3. *Non serve para opoñerse con éxito á expulsión decidida pola comisión dunha conduta constitutiva da infracción examinada a invocación xenérica ou abstracta da vulneración do art. 14 da CE que suporía o feito de que, supostamente, son mulleres a inmensa maioría das persoas ás que se lles sanciona con aquela medida.* Mantén, con contundencia, a inviabilidade da referida invocación a sentenza **937/2004**, que repara na falta de achega dun concreto e adecuado termo de comparación que evidencie que en supostos de feito idénticos se aplicara ao varón, sen causa obxectiva e razoable que o xustifique, unha medida distinta á da expulsión (isto é, unha multa):

"Vólvese esgrimir nesta segunda instancia a vulneración do artigo 14 da Constitución en base (*sic*) a ser mulleres a inmensa maioría das [persoas] sancionadas con expulsión.

Con esa xenérica argumentación descéntrase o tratamento que merece a discriminación na xurisprudencia do Tribunal Constitucional (...), xa que, invocándose unha suposta vulneración da igualdade na aplicación da Lei, se esixe a achega dun concreto e adecuado termo de comparación que implique que nun caso anterior idéntico (de comisión da infracción de estancia irregular en España) se ofrecera unha solución dispar e máis favorable á interesada (multa en lugar de expulsión), sen que ese criterio diferente estea fundado en razóns xuridicamente atendibles nin teña xustificación obxectiva e razoable (...). No

caso de autos, non se achega ese concreto e axeitado termo de comparación, polo que non pode prosperar este motivo.

De cara á impugnación na vulneración do principio de igualdade, o que non cabe é unha comparación abstracta e xeral entre sexos que leve a aquela alegación dunha xenérica discriminación sen análise dalgún caso concreto que permita o axeitado contraste en orde a decidir se o trato é inxustificadamente diferente”.

4. *Os Tratados subscritos con Uruguai, entre eles o Tratado xeral de cooperación e amizade, do 23 de xullo de 1992, non serven para fundar a oposición do cidadán uruguaio á súa expulsión acordada por conduta constitutiva da infracción aquí examinada.* Así, sentenza **866/2005**.
5. *Non afecta á regularidade e validez da resolución de expulsión a mera expectativa de celebración dun contrato de traballo.* Advírteo a sentenza **1063/2001**, que contempla un suposto acaecido baixo a vixencia da Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España. Permitía a devandita Lei a expulsión dos estranxeiros cando incorresen en determinadas condutas entre elas a de “atoparse ilegalmente en territorio español, por non obter a prórroga de estancia ou, se é o caso, o permiso de residencia, cando fosen esixibles” [art. 26.1 a)]²⁴⁹. Esta foi, precisamente, a causa na que se baseou a resolución governativa para acordar a expulsión e a accesoria prohibición de entrada en España polo período mínimo de tres anos, fixado no art. 36.1 da citada Lei orgánica 7/1985. Tal posibilidade de impoñer, pola infracción indicada, a expulsión en lugar da de multa permanece na normativa vixente para a infracción equivalente que figura na LOEX, aparecendo considerada no art. 57.1 deste texto legal²⁵⁰; polo tanto, as consideracións que sobre aquela fai a sentenza agora comentada non perderon interese.

A recorrente, cidadá colombiana, entrara en España como turista en abril de 1997 e levaba en territorio español, sen obter prórroga da súa situación de estancia ou permiso de residencia, máis dos noventa días que permite, antes [art. 13.1.a) da Lei orgánica 7/1985] e agora (art. 30.1 da LOEX), a referida situación. A súa permanencia irregular en España, sen máis documentación que o pasaporte, se descobre con

250. Cfr. arts. 98.2 e 99.2 do REX/1996

251. Dispón o precepto que “cando os infractores sexan estranxeiros e realicen condutas tipificadas como moi graves, ou condutas graves das previstas nos apartados a), b), c), d) e f) do artigo 53 desta Lei orgánica, poderá aplicarse en lugar da sanción de multa a expulsión do territorio español, previa a tramitación do correspondente expediente administrativo”. Pois ben, a expulsión pola conduta grave prevista no apartado a) do citado art. 53 (“encontrarse irregularmente en territorio español, por non obter a prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia ou ter caducado máis de tres meses a mencionada autorización, e sempre que o interesado non tivera solicitado a renovación desta no prazo previsto regulamentariamente”) correspóndese coa expulsión pola causa analizada pola sentenza salientada.

ocasión dunha identificación levada a cabo pola policía en xuño de 1998, nun club de alterne no que atopaba aquela xunto con outras estranxeiras. A partir de aí ábrese o procedemento de expulsión que culmina coa resolución xa coñecida, impugnada, mediante recurso contencioso-administrativo, ante a Sala, a cal o desestima por apreciar que non concorre ningunha das razóns sobre as que se constrúe o mesmo: incompetencia do Subdelegado do Goberno para acordar a expulsión²⁵¹, ausencia de motivación da súa resolución²⁵² e inexistencia da causa invocada nela ou, no seu defecto, carácter excesivo e desproporcionado da expulsión. Consta que con posterioridade á data da resolución governativa atacada -pouco máis dun mes despois- a recorrente procedeu a solicitar autorización de traballo fundada na subscrición dun contrato de traballo como empregada do fogar. Sobre o rexeitamento da terceira das razóns indicadas a Sala realiza algunhas consideracións de interese, algunhas das cales se mostran aquí e as demais se deixan para o número 7 deste mesmo apartado, por encaixar nel.

A existencia da causa non ofrece dúbida ningunha para a sentenza: "quedou patentizada a ilegalidade da estancia da actora no noso país pola omisión dos documentos que un cidadán estranxeiro ha de posuír, como son o visado de estancia, a prórroga de estancia, o permiso de residencia ou documentos análogos (...). No caso concreto aquí contemplado é clara a estancia ilegal no territorio nacional da recorrente, toda vez que xa transcorrera en exceso o prazo de noventa días de estancia máxima (...), sen que conste que realizase xestións tendentes a regularizar a súa situación no prazo de máis dun ano que levaba residindo no noso país"²⁵³. Non serve para desvirtuar tal conclusión a invocación, no expediente administrativo, da mera "expectativa dun

251. A súa competencia, antes resultante da adaptación do previsto no art. 26.1 da Lei orgánica 7/1985 e no art. 100 do REX/1996 aos cambios decididos en relación coa organización e funcionamento da Administración Xeral do Estado [a inicial competencia do Director da Seguridade do Estado pasou máis tarde a atribuírse, de forma sucesiva, aos Gobernadores civís (art. 7.5 do Real Decreto 495/1994, de 17 de marzo) e aos Subdelegados do Goberno, cando substituíron a estes], dedúcese hoxe do establecido no art. 119 do REX. Un caso admitindo a competencia dos Gobernadores civís, cando non existían aínda os Subdelegados do Goberno, en sentenza 702/1998.

252. De acordo coa xurisprudencia do Tribunal Supremo, abonda para entender cumprido o requisito de motivación con que "se" indique de forma inequívoca o fundamento da decisión. No caso presente figura no expediente e consígnase brevemente na resolución administrativa que é a estancia ilegal en España, por falta dos documentos necesarios para legalizar a situación, a que determinou a expulsión (...). Por outra banda, ao deducir as súas alegacións no curso do expediente administrativo, a actora, lonxe de queixarse de descoñecemento das razóns da decisión adoptada, manifesta expresamente que as coñece cando di que a proposta se fundamenta na carencia de permiso de residencia válido para a súa estancia en España, ao non ter máis documentación que o seu pasaporte, e precisamente dirixese a combater esa carencia de documentación tratando de regularizar a súa situación, co cal evidénciase que puido defender os seus dereitos e intereses. En consecuencia, se tivo coñecemento dos fundamentos da decisión adoptada non existe ausencia de motivación, e se puido defenderse coas razóns que se lle expoñían, non se lle causou indefensión".

253. Véxanse números 1 e 2 deste mesmo apartado.

futuro contrato de traballo” para o que nin sequera se solicitara autorización de traballo; esa expectativa non converte en regular a situación de permanencia en España. Aínda que o “proxecto de contrato de traballo, ao igual que a expectativa de contraer futuro matrimonio, podería valer para fundar unha petición de regularización” da aludida situación de permanencia, non inflúe á hora de determinar se concorre ou non a causa de expulsión obxecto do correspondente expediente e se a resolución governativa que adopte a medida se axusta a De-reito.

Polo que se refire ao invocado carácter desproporcionado da expulsión, obsérvase que é medida de aplicación prevista legal e regulamentariamente para a situación examinada, na que non se aprecian “circunstancias relevantes para impoñer soamente unha sanción pecuniaria” á vista -sobreenténdese- do prolongado período de permanencia irregular con omisión de toda xestión tendente á regularización da situación. Pero, ademais, non deixa de apuntar a Sala, traendo a colación algunhas sentenzas do TS e, en concreto, as de 24 de marzo e 7 de abril de 1997²⁵⁴ certa impropiedade na aplicación daquela cualificación a algo que “non constitúe, pola súa natureza, a imposición dunha sanción, senón a adopción dunha medida administrativa limitativa de dereitos que debe axustarse ao principio de legalidade, dada a transcendencia que alcanza en relación cos dereitos fundamentais dos estranxeiros en España”²⁵⁵. Tal axuste concorre no caso de autos. A pesar do manifestado polo TS e a Sala galega, recórdase que tanto na lexislación anterior (arts. 99, pássim, e 102 do REX/1996) como na vixente de estranxeiría (arts. 56.3 e 57.5 da LOEX; art. 121.3, parágrafo segundo, e rúbrica do capítulo III do título XI do REX; previamente, art. 99.2, parágrafo segundo, do REX/2001) cualifícase expresamente de sanción a expulsión do territorio español. Se se admite esta cualificación, é obvio que a expulsión habería de axustarse a criterios de proporcionalidade. De feito, a pesar do seu punto de partida -non se está ante unha sanción-, a Sala galega, como noutras moitas ocasións nas que debe valorar un acordo de expulsión, realiza tal xuízo de proporcionalidade e remata por admitir que se supera no suposto examinado; faino cando conclúe que non se aprecian “circunstancias relevantes para impoñer soamente unha sanción pecuniaria”.

245. Ar. 3096 e 3097, respectivamente.

255. O entrecomiñado, que forma parte do fundamento de dereito terceiro da sentenza salientada e figura tamén reproducido noutras sentenzas da Sala (por exemplo, as **908/2004** e **122/2001**), constitúe unha reprodución literal dos termos da STS do 7 de abril de 1997, cit., segundo a cal, ao non se estar ante a imposición dunha sanción, non cabería invocar, para opoñerse á expulsión, a presunción de inocencia. No caso de autos, a sentenza recorrida e anulada argumentou que vulneraba esta a decisión governativa atacada, que impuxo a expulsión dun estranxeiro sen esperar á firmeza dunha resolución administrativa sobre a solicitude de regularización presentada por aquel.

6. *A posible repercusión da convivencia marital estable con cidadán español sobre a sorte do expediente de expulsión precisa que a devandita convivencia sexa anterior á iniciación deste.* Así, sentenza **937/2004**. Como indica no seu "fundamento xurídico" quinto, o motivo diso é "evitar a fraude de lei que podería producirse con situacións [de convivencia marital] creadas a posteriori" daquela iniciación. Tamén sentenza **942/2001**, advertindo das cautelas con que debe acollerse o recoñecemento da convivencia "e, entre elas, a constatación duns datos fácticos que permitan comprobar" que aquela "non foi creada artificialmente para enervar os efectos dunha resolución de expulsión":

"Ambos os dous recorrentes [a estranxeira e o cidadán español] declaran que conviven dende fai, aproximadamente, tres meses (...), recoñecendo así, indirectamente, (...) que a súa convivencia non se iniciou ata data ben posterior á orde de expulsión", polo que "é irrelevante para o exame da legalidade da resolución combatida, como éo, igualmente, o compromiso adquirido (...) por un dos recorrentes respecto da manutención e sostemento do outro (...), pois, como indicou o noso Tribunal Supremo en numerosas sentenzas, esa convivencia e a súa acreditación ha de ser anterior ao momento en que se produza a orde de expulsión que se combate".

A regra pode formularse con maior amplitude, referíndoa, ademais de á convivencia marital con cidadán español, á que é mantida con cidadán estranxeiro residente e outras circunstancias, como se fai a continuación.

7. *Con maior amplitude: non afectan á regularidade e validez da resolución de expulsión as circunstancias sobrevidas con posterioridade ao momento en que se inicia o correspondente expediente ou se adopta aquela, sen prexuízo de que estas poidan servir para solicitar e obter a regularización da permanencia en España e conseguir da autoridade gobernativa, se é o caso, a revogación da expulsión acordada.* Advírtense numerosas sentenzas. Son circunstancias sobre as que puido pronunciarse a Sala, entre outras, a xa indicada *convivencia marital con cidadán español* (sentenzas **942/2001** e **937/2004**, salientadas no anterior número); a *oferta nominativa de traballo* (sentenza **908/2004**), a *expectativa de celebración dun contrato de traballo ou, mesmo, a súa celebración* (sentenza **1063/2001**); a *convivencia marital e o posterior matrimonio con estranxeiro residente legal* (sentenza **518/2008**) e a *presentación dunha solicitude de acollemento a un proceso de regulación* (sentenza **726/2005**) ou, mesmo, o éxito da devandita solicitude (sentenza **866/2005**).

Ningunha desas circunstancias consente que o órgano xurisdiccional que coñeza da impugnación da resolución de expulsión poida atender a elas para declarar a nulidade desta. A argumentación de fondo é similar en todas as sentenzas, que parten, en definitiva, da cognición li-

mitada do proceso no que se ataque a devandita resolución, que obriga a pronunciarse sobre a expulsión (a causa en que se fundamenta e a regularidade do procedemento) en función da situación de feito e de dereito existente cando se tramita o expediente, de modo que calquera circunstancia sobrevida con posterioridade non incide na sorte procesual deste. No seu caso, permitirá instar a intervención da autoridade gobernativa para que revogue a orde de expulsión. Sobre semellante idea esténdese a sentenza **1063/2001**:

“A solicitude de permiso de traballo e a subscrición de contrato en que se fundamentou a petición, son do mes de agosto, é dicir, dun mes despois da resolución que se impugna. Pero é que [aínda que] se tivese en conta a alegación formulada ao evacuar as ofrecidas no expediente administrativo, hai que ter presente que a mera expectativa de subscribir un contrato de traballo, aínda que despois se concrete e se subscriba, non legaliza a súa situación e, como máximo, podería dar base para unha ulterior solicitude para obter aquela legalización, pero non transforma en contrario a Dereito o acordo de expulsión baseado nunha indubidable estancia ilegal, o que haberá de ser examinado en función da seriedade e autenticidade do contrato achegado e do continxente anual para traballadores estranxeiros. *A natureza revisora desta xurisdición impón que haxa de atenderse á situación de feito e de dereito existente cando tivo lugar o acto administrativo que se impugna, xa que os feitos posteriores poden dar lugar a unha nova petición ante a Administración co fin de regularizar a situación en que se acha a afectada, que, no seu caso, poderá ser obxecto de nova impugnación xurisdiccional*²⁵⁶. En definitiva, o proxecto de contrato de traballo, ao igual que a expectativa de contraer futuro matrimonio, podería servir para fundar unha petición de regularización, pero non ostenta o carácter decisivo que se pretende aos efectos que agora se formulan. Mesmo en relación con casos máis extremos de celebración de matrimonio (non mero propósito de contraelo) con posterioridade á orde de expulsión, as sentenzas do Tribunal Supremo do 24 de xaneiro de 1998²⁵⁷ e 14 de setembro 2000²⁵⁸ declararon que se cando o acto impugnado de expulsión se ditou plenamente xustificado por incorrer a recorrente nas causas de expulsión que neste se invocan, tal feito podería desprezar os subseguintes efectos en orde á legalización da situación da recorrente, enervando mesmo a eficacia do acordo recorrido, unha vez que aquela formule as peticións que teña por conveniente ante a Administración, pero non pode servir para considerar contrario a Dereito aquel acto combatido”.

8. *Xustifica a decisión de impoñer a prohibición de entrada en España durante dez anos, que é o prazo máximo desta medida accesorio que acompaña á sanción de expulsión, o feito de que a irregularidade da permanencia figure acompañada dalgunha circunstancia que a agrava, como, por exemplo, a presenza de fortes indicios da realización dunha actividade delituosa postos de relevo pola apertura dunha causa penal*

256. A cursiva é nosa.

257. Ar. 1241.

258. Ar. 8015.

na que se decreta a prisión. Razoa neste sentido a sentenza **726/2005**:

"Respecto á aplicación da prohibición de entrada durante dez anos, se ben novamente ha de reiterarse que sería esixible unha explicación na resolución administrativa impugnada dos argumentos que conduciron a esa decisión non cabe esquecer que o modo en que se detectou a presenza irregular do actor en España foi por ser detido polo delito de tráfico de drogas, en cuxa causa penal (...) decretouse a súa prisión, polo que a aquela irregularidade da estancia se engade un plus agravatorio derivado do indicio da realización dunha actividade ilegal, polo que, así mesmo, se atopa xustificada aquela agravación".

Recórdase que, de acordo co art. 58.1 da LOEX, a prohibición de entrada será "por un período mínimo de tres anos e máximo de dez". Na maior parte das sentenzas localizadas nas que a Sala coñece da infracción por permanencia irregular, a prohibición de entrada unida á expulsión fixouse pola autoridade gubernativa no período mínimo. Son excepciónais os casos en que se fixan prohibicións de entrada superiores, de catro²⁵⁹ ou cinco anos²⁶⁰ ou, como no caso da citada sentenza **726/2005**, dez anos.

B) Expulsión por condena motivada por conduta dolosa constitutiva de delito sancionado con pena privativa de liberdade superior a un ano [art. 57.2 da LOEX; art. 26.1.d) da Lei orgánica 7/1985]

9. *Tal expulsión non contradí o principio "non bis in idem". Impídeo o diferente fundamento de cada sanción. Non é unha medida alternativa ao cumprimento da pena privativa de liberdade. É a conclusión á que chega a sentenza **306/2005**, ao coñecer dun recurso de apelación no que o cidadán estranxeiro apelante alega que a aplicación do art. 57.2 da LOEX, que prevé a expulsión pola razón xa coñecida, vulnera o devandito principio, ao que brinda cobertura o art. 25.1 da CE. Ante tal alegación, a Sala vese obrigada a examinar, como paso necesario para decidir sobre a oportunidade de formular ante o TC unha cuestión de constitucionalidade que resolva se aquel precepto da lexislación de estranxeiría é contrario á CE, se existe, en efecto, base para soste r isto. O referido exame, que comprende o de sentenzas do TC, do TS e do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, leva a concluír que non:*

"De cara a considerar procedente ou non aquela formulación [da cuestión de constitucionalidade], ha de analizarse se podería considerarse contrario á Constitución o devandito artigo 57.2 á luz da doutrina elaborada polo Tribunal Constitucional.

O principio *non bis in idem* ten un dobre significado (resaltado pola sentenza do Tribunal Constitucional do 30 de xuño de 1991), un ma-

259. Acontece isto, por exemplo, na sentenza **866/2005**.

260. Así, sentenza **544/2008**.

terial, que implica non ser castigado dúas veces pola mesma infracción, e outro procesual, que entraña a imposibilidade de ser xulgado máis dunha vez polo mesmo feito. Na súa faceta material, está recollido en distintas normas, como no artigo 32.1 da Lei orgánica 1/1992, do 21 de febreiro, sobre protección da seguridade cidadá («non se poderán impoñer sancións penais e administrativas por uns mesmos feitos») e o 133 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, (...) («non poderán sancionarse os feitos que fosen sancionados penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade de suxeito, feito e fundamento»), e no seu dobre aspecto, con carácter xeral e tamén referido á imposibilidade de axuizamento penal e administrativo ou sancionador dun mesmo feito, recoñécese no artigo 415.3 da Lei orgánica do Poder Xudicial (...), ao dispoñer «en ningún caso un mesmo feito sancionado en causa penal poderá ser obxecto dun posterior expediente de responsabilidade disciplinaria».

Á luz da doutrina do Tribunal Constitucional (sentenzas 2/1981, do 30 de xaneiro, 77/1983, do 3 de outubro, 98/1989, do 1 de xuño, 234/1991, do 10 de decembro, 152/1992, 204/1996 e 221/1997), para a apreciación deste principio esíxese a concorrencia dos seguintes requisitos: a) identidade de feitos e suxeito activo; b) que o fundamento de ambas as dúas sancións sexa idéntico; c) que se impoñan, por regra xeral, por autoridades da mesma orde e por procedementos distintos; e d) que, en caso de sancións administrativa e penal, non exista unha supremacía especial da Administración -por relación funcional, servizo público, etc. - que xustifique o exercicio do *ius puniendi* polos Tribunais penais e a potestade sancionadora da Administración.

Se ben a identidade obxectiva e subxectiva resulta indubidable, non pode afirmarse o mesmo respecto á identidade causal ou de fundamento, porque, como declarou a sentenza TC 234/1991, de 10 de decembro, «para que a dualidade de sancións sexa constitucionalmente admisible é necesario, ademais, que a normativa que a impón poida xustificarse porque contempla os mesmos feitos dende a perspectiva dun interese xuridicamente protexido que non é o mesmo que aquel que a primeira sanción intenta salvagardar ou, se se quere, dende a perspectiva dunha relación xurídica diferente entre sancionador e sancionado», e, como argumentaron as sentenzas TC 242/1994 e 203/1997, de 25 de novembro, a expulsión «non se concibe como modalidade de exercicio do *ius puniendi* do Estado fronte a un feito legalmente tipificado como delito, senón como medida fronte a unha conduta incorrecta do estranxeiro que o Estado no que legalmente reside pode impoñerlle no marco dunha política criminal, vinculada a unha política de estranxeiría», fundándose aquela diversidade de fundamento en que a sanción penal recaída como autor dun delito contra a *saúde pública protexe precisamente esta como ben xurídico*,

*mentres que a sanción de expulsión baseada en condena penal ten como fundamento ou responde á tutela de intereses distintos e, concretamente, ao da tutela da seguridade pública inscrito na materia de estranxeiría*²⁶¹, que determina a expulsión daqueles cidadáns estranxeiros que aproveiten a autorización de estanza no noso país para realizar actividades ilegais. En definitiva, a expulsión non se impón en exercicio do *ius puniendi* que o Estado ostenta fronte a feitos tipificados como delito ou falta, senón en uso das súas facultades derivadas da política de estranxeiría, cando se produce a transgresión dunhas obrigas mínimas comprendidas no réxime xurídico que asumen voluntariamente os estranxeiros ao entrar e permanecer legalmente en España (sentenza TC 242/1994).

En definitiva, non é certo que a expulsión se configure como unha sanción unicamente aplicable alternativamente ao cumprimento da pena privativa de liberdade, senón que cabe a imposición dual de pena e expulsión, en razón do seu diverso fundamento. Esta diversidade de fundamento é resaltada, así mesmo, nas sentenzas do Tribunal Supremo de 22 de maio de 2000, 21 de xuño de 2002 e 25 de marzo de 2003.

O Tribunal Europeo de Dereitos Humanos considerou, así mesmo, lexítima a imposición da sanción de expulsión baseándose en (*sic*) condena penal previa nas sentenzas do 26 de setembro de 1997 (asunto El Boujaidi contra Francia), 21 de outubro de 1997 (asunto Boujlifa contra Francia) e 19 de febreiro de 1998 (asunto Dalia contra Francia)".

C) *Expulsión acordada no ámbito das previsións do art. 89 do Código penal, por condena do estranxeiro non residente legalmente en España a pena privativa de liberdade inferior a seis anos*

A regulación do suposto experimentou importantes cambios, como consecuencia da reforma do devandito precepto do CP e do art. 57.7 da LOEX levada a cabo pola Lei orgánica 11/2003, do 29 de setembro. Noutras cousas, estase agora ante unha expulsión decidida pola propia sentenza que condena a unha pena privativa de liberdade inferior a seis anos (art. 89.1 do CP). Iso e o resto dos cambios fan que sexa moi difícil que as sentenzas do contencioso-administrativo pronunciadas en supostos anteriores á aludida reforma ofrezan criterios que conserven actualidade. Tal circunstancia non impide descubrir que aquelas suxiren, polo menos, un, moi xeral, relativo ao prazo de duración da prohibición de entrada en España que leva consigo a expulsión, do que se ocupa, antes e agora, o citado artigo do CP.

10. *O prazo da prohibición de entrada en España que leva consigo a imposición de expulsión non se rexe polo art. 58.1 do REX, senón pola regra especial que contén o art. 89 do CP. O referido prazo non pode*

261. A cursiva é nosa.

ser distinto do que resulte da aplicación deste precepto.

Vai no anterior a razón dos dez anos da prohibición de entrada acordada pola autoridade gobernativa que resolveu, de acordo coa normativa entón aplicable, o expediente de expulsión dun cidadán nixeriano condenado a unha pena privativa de liberdade de tres anos e catro meses por delito contra a saúde pública, a sentenza **271/2005**. A Sala rexeita que a expulsión e a prohibición de entrada en España decididas pola autoridade gobernativa vulneren o principio de proporcionalidade:

"Para que puidese ter lugar a transgresión deste principio sería esencial que puidese existir posibilidade de elección da intensidade punitiva da sanción, pero, no caso de autos, nin cabía optar pola alternativa da sanción pecuniaria (...) nin podía ser inferior a entidade cuantitativa [de] a [sanción] accesoria de prohibición de entrada. En efecto, o artigo 57.2 [da LOEX] reputa a condena por delito sancionado con pena privativa de liberdade superior a un ano como causa de expulsión, sen posibilidade ningunha de alternativa. Pola súa banda, a razón da extensión daquela prohibición de entrada [a dez anos] atopámola no parágrafo último do artigo 57.7 [tamén da LOEX, versión anterior á súa reforma pola Lei orgánica 11/2003], que remite ao artigo 89 do Código penal no suposto de que se trate de estranxeiros non residentes legalmente é España e que fosen condenados por sentenza firme".

Indícase que, de acordo co apartado 2 do art. 89 do CP, cuxos termos non variaron respecto aos que tiña no momento de producirse os feitos determinantes da expulsión comentada o estranxeiro expulsado en virtude das previsións do apartado 1 de igual artigo "non poderá regresar a España nun prazo de 10 anos, contados dende a data de expulsión, e, en todo caso, mentres non prescribira a pena".

Advirte tamén sobre a congruencia que debe existir entre o prazo de expulsión que se sinale e o derivado do art. 89 do CP, a sentenza **884/2004**.

D) Cuestións de procedemento e de competencia xurisdiccional

11. *A falta de asistencia letrada na declaración que fai o cidadán estranxeiro ante funcionarios da policía con posterioridade á súa intercepción e antes do acordo de iniciación do procedemento de expulsión, aínda que contradí o disposto nos arts. 63.2 da LOEX e 131.2 do REX²⁶², non invalida este procedemento cando non persiste tras o referido acordo, máxime se os feitos en que se funda a expulsión se manteñen sen necesidade de ter en conta o manifestado naquela declaración. Razona en tal sentido a sentenza **1012/2005**, en relación co*

262. Dispoñen ambos os dous preceptos, referíndose aos supostos en que se deduza das investigacións "a oportunidade de decidir a expulsión" e, polo tanto, haxa de darse "traslado da proposta motivada por escrito ao interesado para que alegue o que considere axeitado, no prazo de 48 horas," que neles "o estranxeiro terá dereito a asistencia letrada que se lle proporcionará de oficio", no seu caso".

motivo de apelación que postula a nulidade do procedemento por infracción do dereito de defensa:

"É de significar que, tras aquela grave irregularidade, a Administración demandada" actuou "conforme ao esixido polo artigo 22 do texto legal antes citado [a LOEX]²⁶³, procedendo ao nomeamento de avogado correspondente de oficio. Polo exposto, o motivo hase de desestimar, xa que, como indica a sentenza de instancia, *tal irregularidade non ha de contaminar o resto dos actos do expediente administrativo que se realizaron correctamente* e, a maiores, non desvirtúa a realidade da estanza ilegal en España", mesmo aínda que non se teña en conta a declaración obrante no folio 7 do expediente" (realizada sen asistencia letrada).

12. *Ante a imputación dunha conduta constitutiva da infracción tipificada no art. 53.a) da LOEX, corresponde ao estranxeiro acreditar que cumpre as condicións de permanencia regular en España. A presunción de inocencia non chega ao extremo de trasladar á Administración a proba da permanencia irregular.* É outra das conclusións que se desprenden da sentenza **1012/2005**, a propósito da posición do cidadán estranxeiro que nega atoparse en situación irregular e pretende que se declare, por vulneración daquela presunción, ao non probar suficientemente a autoridade gobernativa a permanencia irregular imputada, a nulidade da resolución que acorda a súa expulsión:

"Partindo de que, nos termos que indica o Tribunal Constitucional, os estranxeiros non son titulares de idénticos dereitos que os españois, dado que a súa estanza en España require o cumprimento das esixencias legais" e é lícito que os poderes públicos poidan controlar a entrada, residencia e expulsión" daqueles, "é adecuado convir que, incoado o expediente sancionador por infracción do artigo 53.a) da Lei orgánica 4/2000, corresponde ao estranxeiro demostrar a inexistencia da infracción por reunir os requisitos necesarios para regularizar a súa situación administrativa en España".

No mesmo sentido, sentenza **702/1998**:

"A estanza ilegal en España intégrase por un feito positivo, a presenza física en territorio español, que é aceptado, como é obvio, pola recorrente, e, por outro, a falta de cobertura legal para a devandita presenza, que para a Administración é negativo e positivo para a recorrente. A Administración non pode acreditar de forma directa, pola citada razón, a ilegalidade da estanza, mentres que á actora ben doado serialle probar que, como alegou, dende o ano 1992 reside de forma intermitente en España, sempre sen superar os tres meses seguidos de estanza, pois para iso lle abundaría presentar o seu pasaporte, onde constarían as reiteradas entradas e saídas do territorio nacional e as datas en que se produciron. Algo semellante cabe dicir en canto á carencia de me-

263. De acordo co apartado 1 do precepto, "os estranxeiros que se achen en España e que carezan de recursos económicos suficientes segundo os criterios establecidos na normativa de asistencia xurídica gratuita teñen dereito a esta nos procedementos administrativos ou xudiciais que poidan levar á denegación da súa entrada, á súa devolución ou expulsión do territorio español e en todos os procedementos en materia de asilo".

dios lícitos de vida. A tenza de diñeiro en contas bancarias non acredita por si soa a licitude da orixe do nelas ingresado”.

Sobre a indicada necesidade de que sexa o estranxeiro quen deba probar os medios suficientes de vida cando se lle imputa carecer deles, véxanse sentenzas **908/2004** e **942/2001**.

13. *O prazo de caducidade dun procedemento de expulsión é o de seis meses establecido nos preceptos comúns ou xerais do procedemento sancionador por infraccións en materia de estranxeiría.* A pertinencia da aplicación de tal prazo ao procedemento “preferente” para a expulsión por conduta constitutiva da infracción do art. 52.a) da LOEX é posta de relevo, en suposto de procedemento tramitado conforme ao REX/2001, á sazón aplicable, pola sentenza **937/2004**²⁶⁴. O criterio que adopta para chegar a aquela aplicación, consistente na integración das normas específicas de cada unha das modalidades do procedemento sancionador coas comúns deste cando as primeiras non conteñan regra concreta sobre algún aspecto obxecto das segundas, conserva plena actualidade tras a substitución do citado texto regulamentario polo REX. O prazo contemplado, contido hoxe no art. 121.1 do REX, só deixa de aplicarse no denominado procedemento “simplificado”, previsto para os casos en que os feitos denunciados se cualifiquen como infracción de carácter leve, onde é de dous meses (art. 135). Noutros termos, de acordo co vixente texto regulamentario, aquel prazo aplícase tanto ás expulsións que deben tramitarse polo procedemento “ordinario”, regulado polos arts. 122 e seguintes, como ás que están sometidas ao procedemento “preferente”, do que se ocupan os arts. 130 e seguintes. Este último procedemento debe seguirse, necesariamente, segundo ordenan o art. 63.1 da LOEX e o art. 130 do REX, para a tramitación dos expedientes de expulsión pola comisión dalgunha das infraccións previstas nos parágrafos a), d) e f) do art. 53 e a) e b) do art. 54.1 da propia LOEX, salvo que se iniciara pola infracción do parágrafo a) do primeiro deses artigos e con posterioridade a outro de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionais (“concorrenza de procedementos”), pois entón, se o instrutor daquel decidise a continuación do expediente de expulsión á vista do informe emitido pola autoridade que coñeza do segundo procedemento, haberá de acordar, por dispoñelo o art. 63.3 da LOEX e o art. 134 do REX, que o devandito expediente continúe polos trámites do procedemento ordinario.
14. *Entre as causas imputables ao estranxeiro que producen o efecto de suspender o cómputo do prazo de caducidade do procedemento de expulsión figura a paralización deste debido ao erro que xera na Administración o sinalamento abusivo, nun escrito de alegacións, doutro*

264. O prazo de seis meses aparecía entón previsto, con carácter xeral, no art. 98 do REX/2001

domicilio para os efectos de notificacións e o incumprimento da medida preventiva de presentación periódica na comisaría de policía. Acolle este criterio a sentenza 893/2005.

15. *A competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativo en orde á revisión da potestade sancionadora da autoridade gobernativa non remata na posibilidade de acordar a substitución da expulsión por unha multa; comprende tamén a fixación do importe desta de acordo co principio de proporcionalidade, comprensivo da aplicación dos criterios de graduación previstos legalmente* (no art. 55.3 e 4 da LOEX). Confirmao a sentenza **557/2008**, a cal, tras poñer de relevo aquela competencia [“a fixación da concreta contía en que se ha de impoñer a sanción de multa prevista no artigo 51.b) en relación co artigo 53, ambos os dous da Lei orgánica 4/2000 (estase a referir á versión inicial da LOEX) non supera os límites da función xurisdiccional por invadir competencias da Administración demandada”], acorda reducir de 4.500 a 301 euros o importe da multa imposta polo xuíz *a quo* ao apreciar que o devandito importe non se axusta ás esixencias do principio de proporcionalidade. Neste sentido, nega que poidan servir de criterios de referencia da capacidade económica do infractor a axuda para o pagamento da multa que reciba este doutro suxeito co que teña relación (no caso de autos, a parella de feito) e que o seu letrado non pertenza á quenda de asistencia xurídica gratuita:

“O xuíz *a quo* por todo criterio de graduación remítese a que a defensa letrada da actora non foi designada pola quenda de asistencia xurídica gratuita” e, á “liberalidade da súa parella de feito, para concluír, con base a estes datos, sobre certa dispoñibilidade económica.

Parécenos insuficiente e infundada esta conclusión, que descoñece que o texto legal aluda á capacidade económica do infractor, que é a quen se lle impón a sanción, e non á capacidade económica da súa parella por moito que se presuma aquela liberalidade. Doutro lado, ningunha indagación se fixo sobre os recursos do convivente, cuxo testemuño denegouse no acto da vista (...). A maiores, non consta que a recorrente realice traballo, por conta propia ou allea, que lle reporte uns ingresos, calquera que sexa a súa contía”.

Nestas condicións, ao carecer de datos sobre os medios económicos de que poida dispoñer a recorrente nin (*sic*) a súa parella de feito, nin (*sic*) os que este poida proporcionarlle, resulta procedente estimar o recurso de apelación tan só no extremo relativo á fixación da contía da sanción de multa, para substituír a concretamente imposta na sentenza recorrida, de 4.500 euros, pola de 301 euros, isto é, a contía mínima que prevén o artigo 55.1.b) da Lei orgánica 4/2000”.

2. Sanción pecuniaria por promoción, favorecemento, amparo ou facilitación da permanencia clandestina do estranxeiro no territorio español [art. 54.1.b) da LOEX; art. 35.3 da Lei orgánica 7/1985 e art. 98.10 do REX/1996]

16. *Para apreciar que unha conduta é constitutiva desta infracción é preciso que figure debidamente acreditada no expediente, por ser elemento da súa tipicidade, a identidade e condición de estranxeira da persoa cuxa permanencia irregular en España se considera promovida, favorecida, amparada ou facilitada por aquel a quen se pretende sancionar.* A falta da aludida acreditación ou a súa insuficiencia conduce á anulación da resolución governativa que sancione ao suxeito ao que se lle imputase a infracción. Aprecia aquela insuficiencia e, polo tanto, estima o recurso contencioso-administrativo interposto polo sancionado contra a resolución governativa que lle impuxo unha multa de 100.000 pesetas, a **sentenza 12/1999, do 14 de xaneiro**, Sección 2ª (RJCA 1999/75):

"Sanciónase por unha infracción que consiste en amparar a estanza ilegal en España dunha persoa estranxeira sen que esta circunstancia -a súa condición de estranxeira- conste debidamente acreditada no expediente, posto que, efectivamente, o único que aparece ao respecto é que se detectou a presenza no local da entidade actora dunha persoa á que se identifica como «Marli C. de O.» brasileira, sen que se engada dato ningún máis que explique como se comprobou que esas eran a súa identidade e nacionalidade; omisión que non se emenda posteriormente, malia que no oficio que encabeza o expediente se fai referencia a que a esa persoa se lle incoou expediente de expulsión do territorio nacional. Ao non constar debidamente acreditado un dos elementos que determinan a tipicidade da conduta atribuída á demandante, non pode entenderse desvirtuada a presunción que ao seu favor establece o artigo 137.1 da Lei 30/1992²⁶⁵, polo que a resolución recorrida ha de estimarse non conforme a Dereito.

17. *Promove, favorece, ampara ou facilita a permanencia irregular do estranxeiro en España quen tolera, en proveito da actividade de "alterne" á que dedica un local do que é titular, que unha cidadá estranxeira, cuxa permanencia irregular coñece, exerza naquel os labores propios de tal actividade. ¿Procede apreciar unha infracción e, polo tanto, impoñer unha multa por cada un dos estranxeiros aos que se lles favorecerá, amparado ou facilitado a permanencia irregular?* A sanción por estimarse a concorrencia da conduta descrita no título do presente apartado é obxecto de exame por un considerable número de sentenzas, entre as que destacan e sométense a comentario, en primeiro lugar, as **1272/2002, do 25 de outubro** (JUR 2003/112850), e **760/1998, do 22 de decembro** (RJCA 1998/4807). Cando se desenvolven os feitos axuizados por elas, aquela conduta aparecía tipificada como infracción susceptible de ser sancionada con multa no art. 25.3 da Lei orgánica 7/1985 e no art. 98.10 do REX/1996, que atribuían tal consideración ás accións e omisións consistentes en promover, mediar ou amparar "a

265. De acordo co citado precepto, "os procedementos sancionadores respectarán a presunción de non existencia de responsabilidade administrativa mentres non se demostre o contrario".

situación ilegal dos estranxeiros no noso país” ou facilitar “o incumprimento de calquera das obrigas que a estes se sinalen nas disposicións vixentes”. A devandita tipificación viría a equivaler, actualmente, á máis precisa e técnica que fai o art. 54.1.b) da LOEX, segundo o cal constitúe infracción moi grave en materia de estranxeiría “inducir, promover, favorecer ou facilitar con ánimo de lucro, individualmente ou formando parte dunha organización, a inmigración clandestina de persoas en tránsito ou con destino ao territorio español ou a súa permanencia neste, sempre que o feito non constitúa delito”.

Nas dúas sentenzas a Sala debe pronunciarse sobre senllos recursos contencioso-administrativos interpostos tamén cada un, contra resolución governativa (do Subdelegado do Goberno de Pontevedra) que sancionou con multa ao titular dun local no que se desenvolvía a actividade de “alterne” e no que funcionarios da brigada de estranxeiría da policía atoparon, segundo denunciaron e consta no expediente, cidadás estranxeiras dedicándose cos clientes a labores propios da devandita actividade e sen documentación para residir e traballar en España. Na primeira sentenza (club “Vigo-noite”), as cidadás estranxeiras atopadas foron catro (tres brasileiras e unha venezolana), a resolución atacada apreciou a comisión dunha infracción por cada unha das aludidas cidadás e, en consecuencia, impuxo tamén catro multas, cada unha de 500.000 pesetas²⁶⁶. Tras rexeitar as razóns invocadas polos sancionados no seu recurso, a Sala desestima este e confirma na súa totalidade a resolución recorrida. Entre esas razóns, non admitidas pola Sala, figuran as de vulneración do principio de *tipicidade das infraccións* e do *principio de proporcionalidade das sancións*.

Non existe o denunciado incumprimento das esixencias do principio de tipicidade. Con argumentación nada prolixa, pon de relevo a sentenza que, en contra do aducido polos recorrentes, as referidas esixencias se cumpren tanto no que concirne aos termos con que a normativa sobre estranxeiría describe a infracción na que a autoridade governativa encaixa os feitos sancionados coma á axeitada correspondencia destes feitos con aquela concreta infracción. Respecto ao primeiro aspecto, recorda a Sala que, como sinala o TC, non se opón ao principio de tipicidade, sempre que non conduza a unha inseguridade xurídica insuperable, o emprego de conceptos xurídicos indeterminados ou dunha marxe de indeterminación na descrición das accións ou omisións constitutivas de infraccións sancionables. Pois ben, tal emprego compatible co comentado principio acaece, precisa-

266. Sobre a apreciación dunha infracción por cada estranxeiro ao que se lle favorecera ou amparara na súa situación irregular, véxanse, neste mesmo apartado e número, as indicacións que realiza a sentenza 760/1998, así como o seu comentario.

mente, na descrición legal da infracción na que se encadraron os feitos sancionados, que se realiza polo lexislador valéndose das xa indicadas expresións de "promover", "mediar", "amparar" e "facilitar". En canto ao segundo dos aspectos indicados, considera a Sala, convencida, polos indicios de culpabilidade de que dispón²⁶⁷, do coñecemento da situación irregular das estranxeiras por parte dos sancionados, que non ofrece dúbida que a conduta destes, consistente en tolerar os labores de alterne daquelas en proveito da actividade desa natureza desenvolvida no local do que eran propietarios, supón unha promoción ou amparo da devandita situación ("o feito de que unhas estranxeiras exerzan labores de alterne nun local propiedade dos recorrentes debe considerarse incluído dentro da expresión promover ou amparar a estanza ilegal").

Tampouco existe, segundo se adiantou, vulneración do principio de proporcionalidade das sancións. Non se aprecia desaxuste entre as esixencias deste principio e a aplicación no caso concreto dos criterios establecidos para a graduación das sancións pecuniarias por infraccións en materia de estranxeiría²⁶⁸. Certamente, a sentenza sinala, sen dúbida con intención de reforzar a súa conclusión de proporcionalidade das multas, que estas "foron impostas no seu grao medio"; non obstante, iso non serve aos fins indicados, pois é un erro, xa que o importe de cada unha chegou ao máximo permitido²⁶⁹. Serve, en cambio, a indicación de que "nada se alega sobre unha situación de precariedade económica que as faga desproporcionadas". Con iso, a Sala vén a admitir o axuste do aludido importe ao criterio legal e específico de graduación das multas que pide que a súa contía se fixe tendo "especialmente en conta capacidade económica" do infractor²⁷⁰.

No caso da segunda sentenza (a **760/1998**; club "Cisne", de Porriño), foron vinte as cidadás estranxeiras, de "moi diversas nacionalidades", atopadas pola policía no local de alterne. De novo, a autoridade gobernativa apreciou a comisión dunha infracción por cada unha daquelas e, en consecuencia, impuxo vinte multas, cada unha por importe de 500.000 pesetas. O recorrente ataca as vinte resolucións adoptadas, entre outras razóns, por considerar: 1) "que incoar vinte expedientes administrativos por un mesmo feito e unha mesma infracción integra unha quebra do principio de legalidade contemplado

267. Sobre a proba indiciaria, tanto en xeral como aplicada ao ámbito das infraccións en materia de estranxeiría, véxase sentenza do TSJ de Galicia 331/2003, do 19 de marzo, obxecto de recensión no apartado seguinte.

268. Cfr. art. 27.2 da Lei orgánica 7/1985 e art. 99.7 do REX/1996. Tamén art. 55.3 e 4 da LOEX e art. 119.3 do REX

269. As 500.000 pesetas; art. 99.5 do REX/1996 ("as infraccións previstas no artigo 98 poderanse sancionar con multa"; nos supostos "previstos nos apartados 2 ao 10 non poderá exceder de 500.000 pesetas").

270. Art. 27.2 da Lei orgánica 7/1985 e art. 99.7 do REX/1996; tamén art. 55.4 da LOEX

no artigo 25.1 da Constitución”; e 2) que o proceder da autoridade gobernativa esixise considerar que a conduta encaixaba na infracción a que se refire o art. 28.1 da Lei orgánica 7/1985 [equivalente á infracción que hoxe tipifica o art. 54.1.d) da LOEX], en lugar de na infracción aquí comentada -a do art. 25.3 da citada Lei orgánica 7/1985; recórdese que hoxe sería o art. 54.1.b) da LOEX-, que, ao seu xuízo, “non permite a incoación de tantos expedientes como estranxeiros”, a diferenza do que sucede na primeira, onde se prevé expresamente -tamén faino hoxe o art. 54.1.d) da LOEX- que o empresario incorrerá “nunha infracción por cada un dos traballadores estranxeiros que ocu-para” sen obter con carácter previo o correspondente permiso de traballo.

A Sala rexeita ambas as dúas alegacións. Respecto á primeira, móstrase contundente á hora de non apreciar contradición entre a pluralidade de infraccións apreciadas e sancionadas e o art. 25.1 da CE. De feito, dá por suposto que non existe tal contradición, sen realizar, quizais por preguiza, a máis mínima análise das implicacións deste precepto en relación co proceder da autoridade gobernativa, a pesar de que o asunto non parece tan banal como para escusar da referido análise. Igual contundencia, aínda que esta vez razoada, mostra á hora de considerar axustada a Dereito -á normativa sobre estranxeiría- a actuación da autoridade gobernativa. Xulgue o lector a sinalada afirmación de contundencia:

“Á Sala non lle ofrece dúbidas que nos achamos ante tantas infraccións como persoas estranxeiras, carentes de documentación habilitadora, se atopaban de servizo no local do impugnante. E non se trata dunha afirmación gratuíta, senón dunha ponderada valoración da realidade fáctica, pois soste o contrario conduciría ao absurdo de que idéntica sanción pecuniaria recaería sobre quen media, ampara ou facilita a situación ilegal dun estranxeiro que sobre quen exerce esa actividade protectora sobre vinte ou máis estranxeiros; podería dicirse ao respecto que sempre cabería a graduación económica da multa, pero non debemos esquecer que non parece ser ese o espírito que guiou ao lexislador, pois, noutro caso, a marxe de movemento dentro da escala pecuniaria sancionadora sería, obviamente, máis amplo [que o previsto legalmente]²⁷¹”.

Probablemente, a contundencia sería menor e ata o criterio ou, polo menos, o razoamento podería ser outro se as normas a aplicar fosen as da LOEX. En efecto, segundo manifesta a sentenza na pasaxe que se acaba de transcribir, a Sala apoia a súa conclusión na situación absurda que indica que produciría a admisión dunha única infracción, produto do feito de que, de acordo co art. 99.5 do REX/1996, á sazón aplicable, o importe máximo da sanción nunca podería exceder de 500.000 pesetas e iso, obviamente, deixa escasa marxe para xogar coa

271. Cfr. art. 99.5 do REX/1996

graduación do importe da multa segundo o maior ou menor número de estranxeiros involucrados. Coa LOEX a situación cambia de forma substancial, pois o tipo de infracción que se examina pasa a estar sancionado con multa de 6.001 a 60.000 euros. Isto permite unha graduación moito máis aberta ou rica dende a perspectiva do principio de proporcionalidade, na que aquel maior ou menor número de estranxeiros cuxa situación irregular se facilitara ou amparara pode tomarse xa como criterio relevante de determinación do importe da multa no caso concreto. A este argumento, que avalaría a tese favorable á apreciación dunha única infracción, únense dous que xa o facían baixo a vixencia da anterior normativa de estranxeiría: 1) o art. 25.3 da Lei orgánica 7/1985, igual que o art. 54.1.b) da LOEX, deben ser interpretados, como preceptos sancionadores que son, en sentido restritivo; e 2) o lexislador, podendo dispoñer de modo expreso nos citados preceptos a comisión dunha infracción por cada estranxeiro cuxa situación irregular se amparara ou solicitara, non o fixo. Noutros termos, se quixese a apreciación de tantas infraccións como estranxeiros, disporíao expresamente, como así fixoo, sucesivamente, no art. 28.1 da Lei orgánica 7/1985 e no art. 54.1.d) da LOEX.

Sobre o asunto é preciso advertir que o criterio que se examina, de apreciar unha infracción por cada estranxeiro, aínda que maioritario, non aparece seguido de forma unánime. Tamén se rexistran casos en que a Sala coñeceu de resolucións gobernativas que aprecian só unha infracción por todos os estranxeiros cuxa permanencia irregular se promovera ou facilitara²⁷².

Respecto á segunda das alegacións, a Sala traza a distinción entre as dúas aludidas infraccións e razoa en termos aos que cabería continuar recorrendo con solo substituír a mención dos preceptos da Lei orgánica 7/1985 pola dos equivalentes da LOEX. A do art. 25.3 da Lei orgánica 7/1985 [hoxe sería a do art. 54.1.b) da LOEX] é de natureza *xenérica*, referida a "condutas de favorecemento da ilegalidade respecto de estranxeiros, independentemente ou non da súa condición de traballadores"; a do art. 28.1 de igual texto legal [hoxe sería a do art. 54.1.d) da LOEX] é de natureza *específica*, tomando como suxeito infractor a quen contrata ou dá ocupación a traballador estranxeiro sen obter a preceptiva autorización de traballo. "Aínda sendo o ben xurídico protexido común nun e outro precepto, non obstante non é idéntica a finalidade das condutas neles contempladas, pois mentres que no artigo 25.3 se alude a favorecemento de entrada, estancia ou circulación de estranxeiros en situación irregular, o artigo 28.1 se centra na ocupación laboral dos traballadores estranxeiros sen as autorizacións oportunas".

272. Sobre os casos nun ou outro sentido véxase nota 78.

Aínda que as anteriores consideracións son razoables e poden compartirse, en modo ningún son concluíntes dende o punto de vista de permitir a inclusión da conduta sancionada no art. 25.3 da Lei 7/1985. O razoamento que fai a Sala para confirmar o acerto de tal inclusión non convence polos elementos artificiais aos que recorre, que, por moito que se empeñe aquela, non poden anular a realidade dun vínculo laboral. Para chegar á expresada conclusión a Sala esforzase en presentar unha situación ou un panorama onde non habería relación laboral; noutros termos, vese obrigada a considerar, forzando de forma clara as cousas, non que as estranxeiras fosen ocupadas como traballadoras polo titular do local de alterne, senón que este, "para favorecer a súa actividade negocial, permitiu a presenza e alterne daquelas no seu establecemento, sen contrato ningún a sabendas da situación ilegal en que se atopaban". Á vista da descrición dos feitos que fai a propia sentenza, percíbese, sen ningunha dificultade, que, aínda que, en efecto, non mediaba contrato ningún escrito, si concorrían todos os elementos que permitisen a apreciación dun contrato de traballo tácito. Sexa como fose, a presentación que fai a Sala das cousas, orientada á xustificación do encadramento da conduta realizado pola autoridade gobernativa, non oculta a que pode ser a súa razón: o expediente iníciase como consecuencia dunha actuación, non dun inspector de traballo e seguridade social, senón da *policía*. Sobre esta circunstancia, tamén presente noutros supostos nos que se produce igual encadramento, se trata máis adiante, ao final do presente apartado.

Con anterioridade ao exame da apuntada circunstancia e ao seu efecto en orde ao encadramento da conduta observada por titular de local no que cidadás estranxeiras en situación irregular realizan labores de alterne nas condicións ás que se vén facendo referencia, non cabe deixar de traer a colación que tal conduta tamén se considerou acreedora, nalgúnas ocasións, da súa inclusión na outra infracción (contratación sen mediar a preceptiva autorización de traballo). Non obstante, iso é excepcional, segundo mostran as sentenzas da Sala que coñecen dos recursos contencioso-administrativos interpostos contra as resolucións gobernativas que sancionan a comentada conduta. Así, dos que deben resolver as dezaseis sentenzas deste tipo localizadas no período 1998-2008, en catorce a autoridade gobernativa incluíu aquela na infracción obxecto do presente apartado²⁷³; só aparecen dúas sentenzas -as que

273. "Sucede iso, ademais de nos casos das dúas salientadas ata agora, nos das **sentenzas 1473/2002, do 12 de decembro**, Sección 2ª (JUR 2003/113448: "Club Barbarella", Vigo; promoción da permanencia irregular de dúas cidadás colombianas e outras dúas brasileiras. Existencia dunha infracción por cada unha das cidadás; catro multas de 500.000 pesetas cada unha), **1139/2002, do 30 de setembro**, Sección 2ª (JUR 2003/22333: club "Vigo dous"; promoción da permanencia irregular de diversas cidadás estranxeiras. Existencia dunha infracción por cada unha das cidadás; multa de 500.000 peseta por cada unha), **190/2002, do 6 de febreiro** (JUR 2002/135201: club "Barbarella, Vigo; promoción da permanencia irregular dunha cidadá nixeriana. Multa de 250.000 pesetas), **1567/2001, do 12 de decembro** (JUR 2002/94303: "Hostal Descanso",

deben pronunciarse sobre as resolucións governativas máis próximas no tempo- onde se sancionou por contratación de estranxeiros sen obterse previamente a autorización de traballo; isto é, pola infracción que se examinará no seguinte apartado²⁷⁴. En ningún deses dezaseis casos a Sala cuestiona o encadramento da infracción realizado pola autoridade governativa.

Curiosamente, en dous dos catorce casos en que a Sala non cuestiona o encadramento governativo da conduta dentro da promoción da permanencia irregular en España dáse a circunstancia de que aquela chega a apreciar, de forma clara, a existencia dunha relación laboral. Son os casos das sentenzas **1567/2001, de 12 de decembro** (JUR 2002/94303), e **a 503/2001, do 2 de maio** (JUR 2001/234296). Tendo en conta o contido dos informes policiais incorporados ao expediente administrativo, onde constan feitos constatados por axentes da autoridade e, por iso, amparados pola presunción de veracidade, como a existencia de mulleres estranxeiras indocumentadas, a súa vestimenta claramente reveladora da actividade de alterne que desenvolvían no local, o seu recoñecemento de que, en efecto, o exercían a cambio dunha porcentaxe do importe das consumicións a que eran invitadas

Ourense; promoción da permanencia irregular dunha cidadá colombiana e outra portuguesa sen tarxeta de residente comunitaria. Unha única infracción; multa de 500.000 pesetas), **1037/2001, do 26 de setembro** (JUR 2002/4175: club "O Castelo", Salcedo-Cabanas, Pontevedra; promoción da permanencia irregular dunha cidadá colombiana que declara no expediente "que levaba tres anos en España, entrando e permanecido sen permiso de residencia, e achábase hospedada dende había unha semana no hostal O Castelo, facilitándolle o encargado do devandito establecemento gratuitamente a hospedaxe e a manutención, e traballaba no devandito local a partir das 18 horas alternando cos clientes, co que obtiña unha comisión polas consumicións realizadas por estes". Multa de 500.000 pesetas), **654/2001, do 30 de maio** (JUR 2001/236065: "Club Barbarella", Vigo; promoción da permanencia irregular dunha cidadá nixeriana "que alterna no establecemento da empresa" sancionada "exercendo unha máis que dubidosa actividade, con real e activa presenza no local e carecendo de documentación legal para residir e traballar en España". Multa de 250.000 pesetas), **503/2001, do 2 de maio** (JUR 2001/234296: club "Feitas", Pontedeume; promoción da permanencia irregular de cinco cidadás colombianas. Multa de 400.000 pesetas), **135/2001, do 25 de xaneiro**, Sección 2ª (JUR 122220: club "Feitas", Pontedeume; promoción da permanencia irregular de varias estranxeiras cuxo número e nacionalidade non figura na sentenza. Multa de 200.000 pesetas), **1360/2000, do 19 de outubro**, Sección 2ª (JUR 2001/24965: non consta na sentenza o nome do establecemento de alterne, da provincia de Pontevedra; promoción da permanencia irregular de cinco cidadás estranxeiras cuxa nacionalidade tampouco figura na sentenza. Existencia dunha infracción e multa de 250.000 pesetas por cada cidadá), **1248/2000, do 14 de setembro**, Sección 2ª (JUR 2001/17019: "Hostal-club Descanso, Ourense; promoción da permanencia irregular de varias cidadás estranxeiras cuxo número exacto e nacionalidade non figuran na sentenza. Unha única infracción; multa de 500.000 pesetas), **548/1999, do 15 de xullo**, Sección 2ª (RJCA 1999/2901: club "O Castelo", Salcedo-Cabanas, Pontevedra; promoción da permanencia irregular dunha cidadá colombiana. Multa de 100.000 pesetas), **12/1999, do 14 de xaneiro**, Sección 2ª (Club "O Castelo", Salcedo-Cabanas, Pontevedra; promoción da permanencia irregular dunha cidadá brasileira. Non cabe apreciación da infracción; véxase número 1 do presente apartado).

274. As referidas sentenzas son a **509/2006** ("Complexo o Sol") e a **331/2003** (club "Barbarella"), salientadas no número 19 do devandito apartado. A sanción pola indicada infracción apártase, no caso da resolución governativa atacada na segunda sentenza, de proceder seguido en anteriores ocasións respecto ao titular do mesmo establecemento de alterne, onde a infracción imputada foi, como figura na nota precedente, a de promoción ou amparo da permanencia irregular de estranxeiros en España.

polos clientes, etc., conclúen ambas as dúas sentenzas que "a estanza das indicadas cidadás estranxeiras no local obedecía a *motivos laborales*, dito sexa en sentido material, *á marxe da maior ou menor formalidade da relación* e da licitude do obxecto contractual, pois as mesmas se dedicaban ao alterne" cos clientes. E engaden:

"Está perfectamente probado, en consecuencia, que *existía unha relación laboral* -ou, en calquera caso, unha aceptada utilización do local do recorrente con fins de exercicio das aludidas actividades de alterne- entre as estranxeiras e o agora recorrente, relación que, á marxe das formalidades esixibles polo Dereito Laboral, queda aquí establecida aos meros efectos prexudiciais que interesan á resolución deste recurso (...), en canto [que] *aquelas traballaban no club* como «camareiras de alterne», *por conta daquel e residindo no mesmo local*, *razón pola cal* non podía escapar ao control deste a verdadeira situación en España das *traballadoras ao seu cargo*, que carecían do permiso de traballo e residencia, situación perfectamente coñecida polo empresario ou cuxo eventual descoñecemento só se pode basear na máis grave das negligencias, facendo ingresar a conduta no tipo xenericamente descrito no artigo 25.3 da Lei orgánica 7/1985"²⁷⁵.

O anterior non significa que a autoridade governativa realizase un encadramento equivocado da conduta e que as dúas sentenzas o deberían apreciar de oficio. En realidade, se se realiza unha lectura atenta do contido destas e das outras doce sentenzas onde tamén se imputa unha conduta constitutiva de infracción por promoción ou amparo da permanencia irregular en España, descóbrese, sen dificultade, cál pode ser o motivo polo que a autoridade governativa decidiu o encaixe daquela na devandita infracción e a razón pola que a Sala avalou tal encaixe aínda sendo evidente que había unha relación laboral ou, se se prefire, un contrato de traballo. Posto que o expediente sancionador se inicia como consecuencia dunha *actuación policial*, a conduta debe, por forza, considerarse constitutiva da indicada infracción. O seu encaixe na infracción por contratación de estranxeiros sen obter a autorización de traballo requiriría que o expediente se iniciase por acta da Inspección de Traballo e Seguridade Social e instruído por esta²⁷⁶. Se a Sala considerase que ese último encadramento da conduta era o correcto, tería que declarar a nulidade do procedemento tramitado que, obviamente, afectase á sanción imposta. En rigor, isto é o que debería suceder no caso dunha das dúas sentenzas -a **331/2003**- na que a conduta se sancionou por considerarse constitutiva dun suposto de contratación do estranxeiro sen a obtención da previa autorización de traballo. Nela, a pesar de que o procedemento sancionador se iniciou por denuncia policial e se tramitou por funcionarios do Corpo Nacional de Policía, non se cuestiona, de forma inexplicable, a validez do

275. As cursivas nalgúñas expresións son nosas.

276. Cfr. art. 28.1, inciso final, da Lei orgánica 7/1985 e art. 114 do REX/1996, á sazón aplicables. Tamén art. 55.2 da LOEX e arts. 148 e 149 do REX

devandito procedemento nin a do encadramento da conduta na referida infracción.

18. *Debe admitirse a proba indiciaria da promoción ou amparo da permanencia irregular. A presunción de inocencia non esixe necesariamente a proba directa a cargo da Administración.* Apúntano as sentenzas **1139/2002, do 30 de setembro** (JUR 2003/22333), **135/2001, do 25 de xaneiro** (JUR 2001/122220), e **1336/2000, do 19 de outubro** (JUR 2001/24965), as tres da Sección 2ª e sen tanto razoamento como as sentenzas que se salientan no seguinte apartado, en relación coa proba indiciaria da contratación sen a preceptiva autorización de traballo:

“Concluir que as devanditas persoas se dedicaban á referida actividade [de alterne] por vontade do recorrente ou, polo menos, porque o permitía, é unha operación dedutiva que responde a principios lóxicos elementais. A chamada proba indiciaria ou por presuncións pode ser empregada nos procesos penais (...) e, en consecuencia, tamén nos procedementos administrativos sancionadores”.

A mesma idea aparece nas sentenzas de igual Sección **1473/2002, do 12 de decembro** (JUR 2003/113448), e **548/1999, de 15 de xullo** (RJCA 1999/2901).

3. **Sanción pecuniaria por contratación de traballadores estranxeiros sen obter previamente a correspondente autorización de traballo [art. 54.1.d) da LOEX; art. 28.1 da Lei orgánica 7/1985] ou a súa renovación (art. 37.1 da LIS)**

19. *Debe admitirse a proba indiciaria da contratación ou utilización. A presunción de inocencia non esixe necesariamente a proba directa a cargo da Administración.* Diso tratan, amplamente, as **sentenzas 331/2003, do 19 de marzo** (JUR 2003/267008), e **509/2006, do 24 de maio** (JUR 2008/268807), esta última facendo propios e reproducindo os termos da primeira. Unha vez ordenados convenientemente os seus argumentos, descóbrese, sen dificultade, que a posición da Sala sobre a referida proba indiciaria se constrúe sobre un siloxismo que parte das dúas seguintes premisas, que aquí se acomodan, polo que concirne á primeira das sentenzas, igual que a conclusión a que chega, aos termos que emprega a LOEX, dende a súa modificación pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro, para tipificar como infracción moi grave a conduta contemplada, descrita no art. 54.1.d) daquela²⁷⁷:

277. Son claras as diferenzas entre a tipificación da infracción na LOEX antes e despois da súa modificación pola citada Lei orgánica 8/2000. De acordo co art. 50.e) da súa versión inicial, incorría en infracción moi grave a persoa (empregador) que procedese á “contratación ou utilización habitual de traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo a correspondente autorización para contratalos”. Coa Lei orgánica 8/2000 aquel precepto, aplicado pola sentenza agora comentada dada a data de desenvolvemento dos feitos que axuiza, pasa a ser o art. 54.1.d) e a facer referencia á “contratación de traballadores estranxeiros sen

- 1ª) "Non resulta doado que mostre externamente e sen disimulo as súas accións quen realiza actividades que a legalidade non ampara" e, en concreto, é impensable que quede reflectida nun documento a contratación dos servizos do estranxeiro que non conta coa preceptiva autorización para traballar ("sería impensable a plasmación nun documento daquel negocio en que se especificase a vinculación ou dependencia respecto á entidade titular do establecemento").
- 2ª) En ausencia da apuntada manifestación clara da presenza da contratación dos servizos do estranxeiro, é evidente que resultaría excesivo e, na práctica, "conduciría a impunidade" da conduta ilícita examinada, esixir á autoridade gubernativa a proba directa de ter lugar aquela contratación.

A consideración de tales premisas permite concluír que, na hipótese contemplada, de falta de constancia expresa da contratación, "é perfectamente válida a proba indiciaria" da utilización do estranxeiro, "de modo que, probados determinados feitos, que adoitan ser constantes e habituais neste tipo de situacións,", pódase deducir, "por enlace preciso e directo segundo as regras do criterio humano", o feito consecuencia daquela utilización; isto é, a contratación constitutiva da conduta determinante da infracción imputada.

Como pon de relevo a parte que se acaba de transcribir das dúas sentenzas, non calquera proba indiciaria é eficaz dende o punto de vista de desvirtuar a presunción de inocencia e acreditar de modo abondo os feitos imputados. Para que aquela resulte eficaz nos termos indicados debe satisfacer, segundo precisan as propias sentenzas seguindo a doutrina do TS e do TC, "as seguintes esixencias constitucionais: os indicios han de estar plenamente probados (non pode tratarse de meras sospeitas) e débese explicar o razoamento en virtude do cal, partindo dos indicios probados, se alcanzou a conclusión de que o imputado realizou a conduta infractora".

obter con carácter previo o correspondente permiso de traballo".

Á marxe de tales cambios de redacción e situación, subsiste o problema da articulación desta infracción da LOEX coa que inclúe o art. 37.1 da LIS, que tamén considera constitutiva de infracción moi grave a conduta dos "empresarios que utilicen traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo o preceptivo permiso de traballo, ou a súa renovación". Como se aprecia, os termos empregados pola LIS non coinciden totalmente cos da LOEX. O art. 37.1 da LIS fai referencia á utilización dos traballadores estranxeiros; o art. 54.1.d) da LOEX á súa "contratación". Por outro lado, o primeiro tamén considera sancionable a recepción dos servizos do estranxeiro que non renovara a súa autorización de traballo; en cambio, o segundo unicamente se refire á recepción deses servizos sen obterse previamente a devandita autorización (non precisa se a ausencia de autorización de traballo inclúe tamén o suposto da súa falta de renovación). Á vista diso, parece razoable entender que a derogación do art. 37.1 da LIS que supón o art. 54.1.d) LOEX [inicialmente o art. 50.e)] non é completa e afecta só á parte que se refire á tipificación como infracción da conduta consistente na utilización dos servizos do estranxeiro faltando a autorización de traballo; isto é, permanecería en vigor na parte relativa á infracción por utilización dos indicados servizos sen mediar a preceptiva renovación da autorización de traballo, a cuxa sanción daría, pois, cobertura. Neste sentido, véxase A. CEINOS SUÁREZ, ob. cit., páxs. 491-495, especialmente nota 12.

Para a Sala, a proba dos indicios achegados e empregados non ofrece ningunha dúbida nos dous casos e, ademais, aqueles permiten deducir a ocupación de estranxeiros constitutiva da infracción imputada, polo que procede confirmar a resolución governativa que apreciou esta e a sancionou con multa de 8.000.000 de pesetas, no primeiro, e de 66.111'43, no segundo.

Nas dúas sentenzas, os aludidos indicios, similares cando non coincidentes, refírense á utilización dun número elevado de novas cidadás estranxeiras na actividade de alterne realizada nun negocio de hostalaría, todas ou a maior parte delas en situación irregular en España e, polo tanto, sen ningún tipo de autorización de traballo. No suposto da sentenza **331/2003**, as estranxeiras localizadas foron vinte (de Bolivia, Brasil, Colombia, Nixeria, Servia, Serra Leoa e Thailandia); no da sentenza **509/2006**, once (seis de Brasil, dous de Colombia, dúas de Serra Leoa e unha de Nixeria).

En concreto, na sentenza **331/2003** os indicios tomados para sustentar a expresada realidade da utilización das estranxeiras e da infracción imputada pertencen a dous grupos. Un é o dos acreditados polos *informes relativos á actuación policial realizada*: presenza en local de alterne coñecido (club "Barbarella"), de estrada, a primeiras horas da madrugada, das vinte novas cidadás estranxeiras en clara actitude de dedicación á actividade propia daquel (indumentaria, compañía de varóns), así como comprobación oficial da situación irregular da maior parte delas. O outro é o dos acreditados polo resultado da *proba testifical practicada*, un empregado do establecemento sancionado, unha persoa que fórao e un empregado doutra empresa relacionada con aquel, declaran coñecer que algunhas das cidadás estranxeiras estaban a tramitar a súa regularización e solicitaran traballo nel. A devandita proba testifical desmente "a afirmación da parte recorrente de que as mulleres identificadas na actuación policial estaban desvinculadas do establecemento" e conduce a que resulte "factible e verosímil a dedución de que a súa presenza no local non era casual" e eran "persoas perfectamente coñecidas, das que sabía a súa situación no país (...), malia o cal non solo non se lles poñía dificultade ningunha para alternar cos clientes no interior do local, senón que se [lles] facilitaba o devandito labor".

Na sentenza **509/2006** tómanse en consideración os seguintes indicios, acreditados pola *acta levantada por inspector de traballo e seguridade social* (e subinspectores de emprego e seguridade social): a situación do local en estrada, a súa clasificación como café bar especial, o aloxamento das mulleres no mesmo edificio daquel, a regular e continuada asistencia destas ao local, o encontrarse acompañadas de clientes realizando consumicións cando se practica (ás 23'45 horas da

noite) a actuación inspectora, a apertura do local ata altas horas da madrugada e a declaración das cidadás estranxeiras, na acta levantada, de cubrir un horario fixo comprensivo da referida apertura e de percibir unha comisión (do cincuenta por cento) polas consumicións realizadas polos clientes aos que acompañaban.

Difícilmente cabe manter que os anteriores indicios non cumpran as esixencias das que depende a eficacia probatoria atribuída. Existe un enlace preciso e directo entre os feitos que mostran e a conclusión a que se chega. A utilización da actividade das estranxeiras definida polo proveito obtido co seu exercicio no local (aquelas atraían clientes ao establecemento, incitándoos á consumición de bebidas) e o coñecemento de que moitas delas se atopaban en situación irregular e, polo tanto, carecían de autorización de traballo, permiten deducir que a conduta da empresa titular do establecemento é constitutiva da infracción imputada.

En calquera caso, como se advertiu ao final do apartado precedente, non é coherente nin correcta a apreciación do encaixe da conduta na aludida infracción cando o expediente se iniciou por actuación policial, que é o que sucede no suposto da sentenza **331/2003**. Subtráese o inicio e a ordenación da tramitación do expediente a quen compete, que é á Inspección de Traballo e Seguridade Social²⁷⁸. É incomprendible que a Sala omitira calquera indicación sobre iso.

20. *A diferenza da infracción consistente na observancia de conduta que favoreza, promova ou ampare a permanencia irregular en España de estranxeiros, que non require que estes teñan a condición de traballadores, a aquí examinada ten un ámbito máis concreto no que o suxeito infractor é, unicamente, que dea ocupación laboral aos estranxeiros que reúnan a expresada condición.* Se non media tal ocupación ou só se dá un aproveitamento circunstancial da actividade realizada polo estranxeiro, sen apreciarse a súa contratación, a conduta debe encaixarse na primeira das infraccións, contemplada, sucesivamente, no art. 28.1 da Lei orgánica 7/1985 e no art. 54.1.b) da LOEX. Fai fincapé na distinción, en relación coa previsión de ambas as dúas infraccións na Lei orgánica 7/1985, a **sentenza 760/1998, do 22 de decembro**, a cuxas consideracións ao respecto, salientadas no apartado anterior, remítese.
21. *Mentres non recaía resolución sobre a solicitude de renovación da autorización de residencia e traballo que se presentase prorrogase a validez da devandita autorización e, polo tanto, non hai infracción por parte do empresario que continúe ocupando ao estranxeiro.* Aquela só

278. Cfr .art. 55. 2 da LOEX e arts. 148 e 149 do REX, á sazón aplicables.

se produce cando se mantén a ocupación deste tras a resolución que denega a solicitude de renovación. Ese mantemento no emprego do estranxeiro require que o inspector de traballo e seguridade social actuante comprobe a realidade da prestación laboral e deixe constancia diso na acta levantada, "con datos abondos e expresivos" da devandita realidade. Pola contra, se a Administración non achega máis proba que tal acta, prevalece a presunción de inocencia e, polo tanto, resulta inviable a apreciación da infracción. O presuposto desta -continuouse recibindo a prestación de traballo do estranxeiro unha vez denegada a renovación da súa autorización de traballo- non pode deducirse da mera valoración que fai o inspector de traballo e seguridade social, na acta, de certas expresións utilizadas polo empregador na súa declaración e cuxo significado é discutible á vista da contradición apreciable entre elas e outras manifestacións, documentos e condutas que figuran nas actuacións practicadas. Todo iso se infire da lectura da **sentenza 208/1998, do 27 de marzo** (Sección 3ª, RJCA 1998/1673), relativa a un suposto acaecido baixo a vixencia da Lei orgánica 7/1985, o seu regulamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, do 26 de maio, e a Lei 8/1988, do 7 de abril. A infracción tipificada no art. 35.1 da este último texto legal²⁷⁹ correspóndese coa que aparece no art. 37.1 da LIS, que cabe considerar que continúa vixente, tras a LOEX, na parte correspondente á conduta agora contemplada, se se entende que non encaixa nos termos do art. 54.1.d) da LOEX²⁸⁰. Polo que respecta á prórroga da autorización de traballo ata que se resolva a solicitude da súa renovación, prevista entón no art. 48 do Real Decreto 1119/1986²⁸¹, aparece agora considerada no art. 54.1 do REX²⁸².

22. *Mentres non recaia resolución sobre a solicitude presentada polo estranxeiro co fin de recuperar a súa pretendida nacionalidade española non hai infracción por parte do empresario que o empregue sen previa obtención do preceptivo permiso de traballo.* Tal é a sorprendente pauta que segue a **sentenza 407/2001, do 18 de maio**, da Sección 3ª (JUR 2001/245042); sorprendente, non porque non poidan existir ou atoparse motivos xurídicos para sostela, senón porque, o moi escaso razoamento *xurídico* que fai a Sala carece de consistencia e acerto e supón unha grave quebra dos postulados do Dereito Administrativo

279. Constitúe infracción moi grave a dos "empresarios que utilicen traballadores estranxeiros sen obter con carácter previo o preceptivo permiso de *traballo, ou a súa renovación*".

280. Véxase *supra*, nota 82.

281. O resguardo da solicitude de renovación do permiso de traballo "terá os mesmos efectos deste mentres non se resolva o expediente".

282. "A renovación das autorizacións de residencia e traballo por conta allea deberá solicitarse, en modelo oficial, durante os 60 días naturais previos á data de expiración da vixencia da súa autorización. A presentación da solicitude neste prazo prorrogará a validez da autorización anterior ata a resolución do procedemento. Tamén se prorrogará ata a resolución do procedemento no suposto en que a solicitude se presentase dentro dos tres meses posteriores á data en que finalizase a vixencia da anterior autorización, sen prexuízo da incoación do correspondente procedemento sancionador pola infracción na que se incorrese".

sancionador. Por dicilo doutro modo, resolve o caso como o podería resolver un mediocre alumno dunha Facultade de Dereito nunha clase práctica. Aínda que consta que o estranxeiro (de nacionalidade cubana) iniciara o procedemento de recuperación da súa pretendida nacionalidade española, non figura na sentenza nada que avale que esta resulte incuestionable e teña que ser necesariamente recoñecida a aquel ou, se se prefire, que a solicitude presentada en tal sentido se asente en feitos indiscutibles ou notorios que conduzan, por forza, á súa estimación. Sen ter oportunidade de examinala, a Sala dá por feito que aquela solicitude vai prosperar; e, o que é máis asombroso e grave, dá por probado, a modo de feito notorio, sen indicar en que se basea, algo que non é obxecto do preito e se está a dilucidar noutro procedemento: se debe recoñecerse a nacionalidade española. Non figura, nin sequera, que se achegara unha certificación literal de nacemento ou outro medio de proba axeitado admitido en Dereito que poida anticipar con seguridade o resultado dese outro procedemento e mostre que se está ante español de orixe que perdeu a nacionalidade española e, polo tanto, é beneficiario dunha das excepcións da obriga de obter autorización de traballo²⁸³.

En rigor, os termos da solución que ofrece a sentenza non son de Dereito, senón, todo o máis, de pura equidade. Non desvirtúa esta afirmación a única cita que fai dun texto legal: o art. 11 da CE. O devandito precepto refírese aos que consta que son españois de orixe, non aos que manifestan, simplemente, que o son, sen mediar o recoñecemento oficial diso. Ampara a quen ten ou conserva a nacionalidade española de orixe, a cal non pode ser descoñecida se se acredita polos medios ao efecto establecidos²⁸⁴. A súa invocación na solicitude que abre un procedemento de recuperación da nacionalidade española non dispensa da sinxela e doada proba dos feitos en que se basee a pretensión. Trátase dun precepto que en modo algún autoriza ou impón que a mera afirmación de que se é español de orixe produza efectos mentres non se acredite e resolva o procedemento que deba certificalo. Isto é o que non entende a sentenza, que atribúe tales efectos á solicitude que inicia o aludido procedemento. Para ela, a apertura deste certifica a nacionalidade española e, polo tanto, non hai infracción, pois non hai estranxeiro:

"Se se ten en conta o art. 11 da Constitución española, cuxo apartado segundo establece que ningún español de orixe poderá ser privado da súa nacionalidade, especificando no apartado terceiro que «nestes mesmos países (os iberoamericanos), aínda cando non recoñezan aos seus cidadáns un dereito recíproco, poderán naturalizarse os españois sen perder a súa nacionalidade de orixe», *é preferible non impoñer sanción ningunha, pois se trata de cida-*

283. Cfr. art. 41.1.j) da LOEX e art. 68.j) do REX

284. Cfr. art.68.j) do REX

dáns españois de orixe que están á espera de solucionar un trámite meramente administrativo”.

Por igual regra que a aplicada pola sentenza, cando a unha persoa se lle imputa conducir un vehículo estando pendente de superar as probas correspondentes, para cuxa realización xa pagou as taxas, é preferible non impoñer sanción ningunha porque hai que entender que vai pasar o mero trámite do que forman parte aquelas.

Nada se di acerca do que sucedería se, finalmente, recae resolución firme denegando a nacionalidade española. Cabe aventurar que a Sala admitiría, en tal caso, se se mantén no emprego ao estranxeiro sen permiso de traballo, que o empresario incorre, sen dúbida, en infracción sancionable.

Para entender mellor a crítica a esta sentenza, indicase que consta que o cónxuxe do estranxeiro cuxo traballo motivou a acta de infracción traballaba na mesma empresa, era tamén de nacionalidade cubana, igualmente iniciara os trámites tendentes a unha recuperación da súa posible nacionalidade española e, a pesar diso, contaba con autorización de residencia e de traballo, cuxa obtención parece máis complexa e difícil que o daquela recuperación, sobre todo se está claro e é seguro que se reúnen as condicións das que depende.

23. *Non hai infracción cando a empresa, de boa fe, contrata e solicita a alta na seguridade social do traballador estranxeiro confiando na súa manifestación de contar coa preceptiva autorización de traballo e, de modo inmediato, tan pronto como constata a falta de tal autorización, extingue o contrato e insta a baixa deste na seguridade social.* A pauta, de aplicación excepcional, extraída da **sentenza 515/2001, do 19 de xuño**, da Sección 3ª (JUR 2001/260254), é comprensible, ao noso xuízo, se se suceden, sen solución de continuidade, a alta, o coñecemento da falta de autorización de traballo e a baixa e extinción do contrato, de forma que se entre isto último e o referido coñecemento transcorren algúns días non habería motivo para non apreciar a infracción, máxime cando a baixa e a extinción é posterior a unha actuación da inspección ou subinspección de emprego e seguridade social comprobatoria do emprego do estranxeiro sen autorización de traballo. Por iso, parece excesiva a solución a que chega a Sala, de inexistencia de infracción. A secuencia dos feitos do caso é a seguinte:

- A contratación do estranxeiro, de nacionalidade cubana, prodúcese o 10 de xaneiro de 1995, comunicándose a solicitude da súa alta na seguridade social ese mesmo día, ás 17'09 horas.

- O 11 de xaneiro de igual ano prodúcese a visita do entón controlador laboral, en cuxa acta queda reflectida a ocupación do estranxeiro e a falta da preceptiva autorización de traballo.

- O 16 de xaneiro a empresa solicita a baixa na seguridade social con efectos dende o día 11 anterior, indicando como causa a citada falta de autorización de traballo.

24. *O grao de voluntariedade, intencionalidade ou culpabilidade na comisión da conduta constitutiva de infracción, ao que debe atender a determinación do importe da multa, de acordo co principio de proporcionalidade da sanción e o ordenado pola lei, pode tomar como índice o número de estranxeiros empregados sen a previa obtención da autorización de traballo.* Apúntao a **sentenza 331/2003**, no seu fundamento de dereito terceiro, *in fine*. Aquel criterio de graduación da multa, previsto no art. 27.1 da Lei 7/1985 e no art. 99.7 do REX/1996, figura hoxe no art. 55.3 da LOEX.

4. Sanción pecuniaria ao estranxeiro pola omisión ou o atraso na comunicación dos cambios que afecten ao seu domicilio ou á súa situación laboral [art. 52.a) da LOEX; art. 25.2 da Lei orgánica 7/1985 e art. 98.11 do REX/1996]

25. *É constitutivo da infracción o atraso inxustificado da comunicación do cambio de domicilio.* Así, cunha argumentación lacónica e confirmando a sanción de 20.000 pesetas imposta a unha cidadá brasileira pola autoridade gubernativa, **sentenza 592/2001, do 16 de maio** (JUR 2001/235194). Xulgue o lector, por si mesmo, o indicado laconismo:

"Os feitos descritos encaixan plenamente na infracción definida no artigo 25.2 da Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo²⁸⁵, e a sanción económica imposta resulta axustada e proporcionada ao alcance do feito e ás posibilidades económicas da infractora, sen que a súa argumentación exculporia poida ter acollida por esta Sala, ao carecer de fundamento e contradicirse con informes oficiais obrantes en autos".

Nada manifesta a Sala acerca de por que considera axustada e proporcional a multa imposta e por que carece de fundamento e contradise con certos informes oficiais os motivos exculporios invocados pola sancionada.

No caso de autos, o atraso na comunicación do cambio de domicilio superou os dezanove meses (o cambio producírase o 16 de abril de 1996 e comunicouse o 28 de novembro de 1997).

26. *A existencia do concreto cambio na situación laboral que se afirma que non comunicou o estranxeiro debe aparecer probada de forma abonda no expediente sancionador. Sen esa proba, a cargo da Administración, o principio de presunción de inocencia impide que poida estimarse a concorrencia da infracción. Seguindo esta pauta, que resulta de aplicación, mutatis mutandi, a calquera infraccións, a **sentenza 2148/2000, do 27 de decembro** (JUR 2001/113006), anula a*

285. Co devandito precepto concorda, na actualidade, o art. 52.a) da LOEX

resolución governativa que imputa a unha cidadá da República Dominicana, titular dunha autorización de residencia e traballo das que entón denominábanse de tipo "B", concedida para traballar como empregada do fogar na provincia de Madrid, a comisión dunha conduta constitutiva da infracción aquí considerada, a cal se sanciona cunha multa de 30.000 pesetas. Aparece que o único motivo acreditado no que se funda a imputación da comisión da infracción é o de ser interceptada a estranxeira pola policía nun bar de alterne da Coruña (Club "Vanessa"). Non constan nas dilixencias policiais practicadas nin no expediente elementos que acrediten que, en efecto, aquela estivese a dedicarse a exercer a actividade de alterne no momento da intercepción policial:

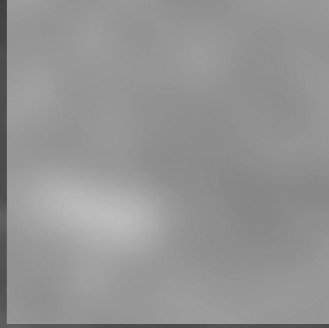
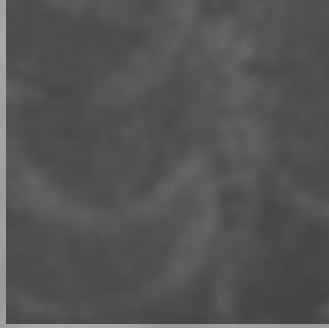
"No presente caso non lle falta razón á recorrente cando considera vulnerado o seu dereito á presunción de inocencia, xa que o único que consta no expediente é a dilixencia policial" na que se lle notifica que, "dado que foi interceptada, ás 21 horas do día anterior (...), dedicada ao exercicio do alterne no local dedicado a esta actividade exclusivamente, denominado Club Vanesa" e o seu permiso de traballo "é para unha profesión determinada, servizo doméstico, e para o ámbito xeográfico determinado de Madrid, enténdese que incorreu na infracción prevista no artigo 98.5 e 11 do REX/1996²⁸⁶. "Xunto a iso, nada máis existe, nin sequera unha acta da inspección realizada no Club mencionado con descrición da actividade que a recorrente desenvolvía, actitude que presentaba, roupa que vestía, se estaba ou non acompañada dalgún cliente, as mesmas características doutras posibles exercentes da mesma actividade, titularidade e empregados do establecemento presentes ou non. Tampouco consta un informe policial que saliente a actuación ou actuacións levadas a cabo. En consecuencia, *dedúcese a valoración de que [aquela] estaba a desenvolver a actividade de alterne nesta cidade sen apoio acreditativo ningún que avale a devandita dedución. Trátase, pois, dunha simple afirmación sen probas*²⁸⁷, de modo que non cabe dicir que se levou a cabo a mínima actividade probatoria de cargo orientada a demostrar a realidade do exercicio por parte da actora da actividade laboral de alterne naquel local desta cidade".

286. Cos devanditos preceptos concordan, na actualidade, os arts. 52.a) e 53.c) a LOEX, respectivamente.

287. A cursiva en nosa.

ANEXO I

OCUPACIONES RECOLLIDAS NO CATÁLOGO DE
OCUPACIONES DE DIFÍCIL COBERTURA
(2005-2008)



Anexo I: Ocupaciones recogidas no catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (2005-2008)

A CORUÑA

[illegible]

Ocupación	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Conductor-operador de escavadora (movemento de terras).													X	
Conductor-operador de retroescavadora (movemento de terras).													X	
Contramestre de cuberta (agás pesca).				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Maríñeiro de cuberta (agás pesca).				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Mozo de cuberta.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Bombeiro de buques especializados.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Conductor de camión, en xeral.			X	X	X	X			X	X	X	X	X	
Conductor de camión con remolque e/ou de tractocamión.			X	X	X	X			X	X	X	X	X	
Empregado de fogar.			X	X	X	X	X	X	X		X	X	X	
Lavacoches, a man.											X		X	
Enxeñeiro técnico en electricidade, en xeral												X		
Camareiro en xeral			X	X	X	X			X	X	X	X		
Camareiro de sala ou xefe de rango			X	X	X	X			X	X		X		
Albanel	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X		
Mampostero	X	X					X					X		
Aplicador de revestimentos continuos de fachadas												X		
Operador de máquina de labrar pedra e/ou lousa										X	X	X		
Conductor-repartidor en motocicleta, ciclomotor e/ou motocarro, agás mensaxería										X	X	X		
Fisioterapeuta, en xeral										X	X			
Encofrador			X	X	X	X			X	X	X			
Escalista											X			
Enlucidor - yesista											X			
Ocupación	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08

Mecánico axustador de maquinaria industrial en xeral		X	X				X												X						
Mecánico de mantemento industrial		X	X																X						
Electricista e/ou electrónico de automoción, en xeral																			X						
Electricista de mantemento e reparación, en xeral																			X						
Electricista de mantemento e reparación de equipos de control, medida e precisión							X												X						
Instalador de sistemas de enerxía solar térmica																			X						
Matachín - carniceiro, en xeral		X	X			X													X						
Carniceiro para a venda en comercio		X	X			X													X						
Traballador na preparación de peixe para conservas		X	X			X													X						
Condutor - operador de grúa fixa, en xeral		X											X						X						
Condutor - operador de grúa torre		X											X						X						
Condutor - operador de grúa en camión		X											X						X						
Condutor - operador de carreta elevadora, en xeral																			X						
Condutor de autobús, en xeral			X																X						
Limpador de ventás																			X						
Repartidor de propaganda e similares																			X						
Farmacéutico, en xeral																									
Camareiro de barra e/ou dependente de cafetería		X	X			X			X	X									X						
Instalador de illamentos		X																							
Electricista de mantemento e reparación de electrodomésticos							X												X						
Condutor - operador de grúa ponte		X																	X						
Condutor - operador de grúa móbil		X										X							X						

Ocupación	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Conductor de camión T.I.R.			X	X	X	X			X	X				
Conductor de camión de mercadorías perigosas			X	X	X	X			X	X				
Peón forestal	X	X	X	X						X				
Planchista (cafetería ou restauración)			X	X	X	X			X					
Preparador de pizzas				X	X	X			X					
Preparador de precociñados e cocinados									X					
Traballador forestal, en xeral									X					
Maríneiro de buque de pesca				X	X	X			X					
Operador de máquina trelladora de metais									X					
Operador de máquina lixadora									X					
Operador de serra de precisión (fabricación de produtos de madeira)									X					
Operador de máquina serradora (fabricación artigos de cortiza)									X					
Montador-axustador de maquinaria industrial, en xeral									X					
Montador-axustador de grupos mecánicos e motores en automoción									X					
Montador de maquinaria eléctrica, en xeral					X	X			X					
Montador de cadros eléctricos			X		X	X			X					
Montador de bobinas en motores			X		X	X	X		X					
Vendedor a domicilio, en xeral							X	X	X					
Traballador da fabricación de vidro artístico, en xeral						X	X	X						
Operador de procesos de forxado de metais								X						
Peón agrícola, en xeral								X						
Montador-instalador de ascensores			X	X	X	X	X							
Montador-instalador de aparatos de elevación			X	X	X	X	X							

LUGO

Ocupación	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Médico, medicina xeral											X		X	X
Farmacéutico, en xeral											X	X	X	X
Instalador-reparador de liñas de enerxía eléctrica, en xeral									X	X			X	X
Oficial radioelectrónico da mariña mercante.				X	X	X	X	X		X	X	X	X	
Xefe de máquinas de buque mercante.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Maquinista naval.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Frigorista naval.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Mecánico naval.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Mecánico de litoral (motorista naval).				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Piloto de buque mercante.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Sobrecarga de buques.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Deportista profesional.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Adestrador deportivo.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Cociñeiro, en xeral.			X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Cociñeiro de barco.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Camareiro, en xeral.			X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Camareiro de barra e/ou dependente de cafetería.					X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Azafata ou auxiliar de buque de pasaxe.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Camareiro de barco.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Mordomo de buque.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Bañista-socorrista.			X	X	X	X	X	X	X	X	X		X	
Albanel.	X	X	X	X	X	X	X	X					X	
Mampostero.					X	X	X						X	

[illegible]

[illegible]

OURENSE

Ocupación	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
farmacéutico, en xeral												X	X	X
técnico en radiodiagnóstico													X	X
fisioterapeuta, en xeral					X	X		X	X			X	X	X
logopeda												X	X	X
Operador de máquinas para fabricar produtos de plástico, en xeral									X	X	X	X	X	X
Operador de máquina moldeadora de plástico, en xeral									X	X	X	X	X	X
Operador de máquinas para fabricar produtos de madeira, en xeral											X	X	X	X
Operador de máquina lixadora (fabricación de produtos de madeira)				X	X	X	X		X			X	X	X
Operador de máquinas para elaborar produtos cármicos, en xeral													X	X
Arquitecto.											X	X	X	
Deportista profesional.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Adestrador deportivo.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Cociñeiro, en xeral.			X	X	X	X	X	X	X			X	X	
Solador-alicatador, en xeral.												X	X	
Ferreiro forxador, en xeral.			X	X	X	x	X	X	X	X	X	X	X	
Operador de máquina moldeadora de plástico, por inxección.									X	X	X	X	X	
Conductor-repartidor en motocicleta, ciclomotor e/ou motocarro, agás mensaxería.				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Empregado de fogar.									X			X	X	
Limpiador de ventás.			X				X		X		X	X	X	
Lavacoches, a man.			X				X		X		X	X	X	

Ocupación	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Mozo de recollida de lixos-vertedeiro.				X	X								X	
Mozo de corte.									X		X		X	
Peón forestal			X	X	X	X			X	X	X	X	X	
Camareiro, en xeral					X	X		X	X	X	X	X		
Camareiro de barra e/ou dependente de cafetería					X	X		X	X	X	X	X		
Bañista - socorrista			X	X							X	X		
Parquetero e/ou asollador en xeral												X		
Operador de máquina cortadora, curta-bloques e/ou pulidora de rocha			X		X	X	X	X	X	X	X	X		
Operador de máquina para labrar pedra e/ou lousa						X	X		X	X	X	X		
Operador de máquinas enlatadoras e/ou envasadoras de froitas, verduras e produtos vexetais								X	X			X		
Tractorista - manipulador agrícola			X				X	X	X	X	X	X		
Condutor-operador de maquinaria forestal con motor, en xeral			X				X	X	X	X	X	X		
Vendedor ambulante											X	X		
Peón de obras públicas, en xeral	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X		
Enxeñeiro en construción e obra civil											X			
Albanel											X			
Encofrador											X			
Montador de placas de enerxía solar											X			
Operador torneiro - fresador (fabricación)							X	X	X		X			
Peón da construción de edificios	X	X									X			
Repartidor de propaganda e similares			X	X			X		X	X	X	X		
Peón gandeiro, en xeral										X	X			

Peón agropecuario	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Ocupación											X			
Camareiro de sala ou xefe de rango					X	X		X	X	X				
Técnico de protección civil			X	X						X				
Escalolista	X	X								X				
Enlucidor - xesista										X				
Cristaleiro de edificios			X	X	X	X	X	X	X	X				
Operador de máquina embotelladora de bebidas									X	X				
Peón agrícola, en xeral							X		X	X				
Enfermeiro, en xeral									X					
Profesor de formación vial							X		X					
Axente de oficina de colocación									X					
Planchista (cafetaría ou restauración)									X					
Reposteiro-pasteleiro (hostalaría)			X					X	X					
Preparador de pizzas			X	X	X			X	X					
Preparador de precociñados e cocinados			X	X	X	X		X	X					
Xefe de cociña (hostalaría)									X					
Policía ou garda municipal									X					
Pastor									X					
Instalador de lúas / cristais en vehículos			X	X	X	X	X	X	X					
Cristaleiro de vidreiras						X	X	X	X					
Encargado de taller de reparación e mantemento de vehículos de motor, en xeral							X	X	X					
Canteiro de construción			X				X		X					
Canteiro artesanal de mármore ou pedra			X				X		X					
Tallista, labrante a man de pedras e / ou mármore							X		X					
Traballador do tratamento da madeira, en xeral									X					
Cortador de peles (peletería)									X					

Ocupación	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Curtidor de coiros e peles, a man									X					
Clasificador de coiros e peles, a man									X					
Operador de máquina oxicortadora (metais)							X	X	X					
Piotécnico								X	X					
Operador de máquina soldadora de materiais plásticos									X					
Operador de máquina extrusora (materias plásticas)									X					
Operador de máquina impresora de flexografía, en xeral									X					
Operador de máquina de impresión de papeis pintados									X					
Operador de máquinas para confeccionar panos da mesa, manteis, toallíñas e compresas				X	X				X					
Operador de máquinas para elaborar bebidas alcohólicas, en xeral									X					
Condutor-operador de maquinaria agrícola con motor, en xeral							X	X	X					
Condutor-operador de grúa torre									X					
Lector de contadores, en xeral									X					
Empregado administrativo dos servizos de almacenamento e recepción								X						
Almacenista de industrias alimentarias			X					X						
Almacenista de empresa de transportes								X						
Clasificador de froitas e verduras							X	X						
Operador de máquina impresora offset, en xeral							X	X						

Mordomo de buque.	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Ocupación				X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Bañista-socorrista.			X	X	X	X	X	X			X		X	
Chapista-pintor de vehículos.			X	X	X	X	X				X	X	X	
Mecánico-axustador de maquinaria industrial, en xeral.			X	X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Mecánico de mantemento industrial.					X	X	X		X	X	X	X	X	
Caldereteiro (maestranza).				X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Engraxador de máquinas de barcos.				X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Condutor-operador de carreta elevadora, en xeral.			X	X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Contramestre de cuberta (agás pesca).				X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Maríñeiro de cuberta (agás pesca).				X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Mozo de cuberta.				X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Bombeiro de buques especializados.				X	X	X	X		X	X	X	X	X	
Vendedor por teléfono.			X		X	X	X				X	X	X	
Empregado de fogar.				X	X						X		X	
Limpador de ventás.	X	X	X			X	X		X	X	X	X	X	
Lavacoches, a man.			X			X	X				X	X	X	
Arquitecto											X	X		
Traballador social (asistente social)											X	X		
Delineante, en xeral											X	X		
Terapeuta ocupacional											X	X		
Cociñeiro, en xeral	X	X		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Tubero industrial de industria pesada			X	X	X	X	X		X	X	X	X		
Cristaleiro de edificios	X	X	X	X	X	X			X	X	X	X		
Condutor de camión, en xeral			X	X	X	X	X				X	X		
Condutor de camión T.I.R.			X	X	X	X	X				X	X		
Condutor de camión con remolque e/ou			X	X	X	X	X				X	X		

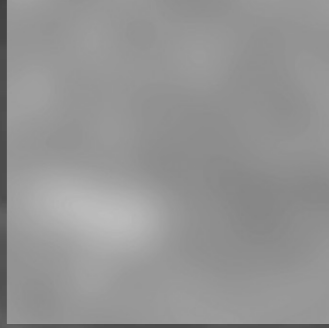
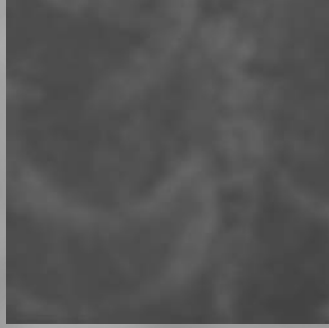
tractocamión	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Ocupación											X			
Paradeiro											X			
Maríñeiro de buque de pesca											X			
Electricista de mantemento e reparación de electrodomésticos			X								X			
Ebanista											X			
Condutor - operador de grúa fixa, en xeral			X	X	X	X					X			
Condutor - operador de grúa móbil			X	X	X	X					X			
Técnico en caldeiraría					X		X	X	X	X				
Técnico en matricería e moldes			X		X		X	X	X	X				
Técnico en soldadura			X		X		X	X	X	X				
Técnico en procesos de laminación									X	X				
Técnico audio-protésista							X	X	X	X				
Óptico e/ou optometrista									X	X				
Planchista (cafetaría ou restauración)	X	X	X		X		X	X	X	X				
Preparador de cociñados e precociñados			X					X	X	X				
Xefe de cociña (hostalaría)									X	X				
Xefe de comedor ou maestresala									X	X				
Policia ou garda municipal						X	X	X	X	X				
Instalador de lúas / cristais en vehículos						X			X	X				
Cristaleiro de vidreiras			X	X	X	X			X	X				
Xefe de equipo de taller de vehículos de motor en xeral			X	X	X	X	X		X	X				
Xefe de equipo en taller de maquinaria industrial, en xeral									X	X				
Xefe de equipo de taller de equipos eléctricos			X	X	X				X	X				
Xefe de equipo de taller de mantemento mecánico							X		X	X				

Xefe de equipo en taller electromecánico	3/05	4/05	1/06	2/06	3/06	4/06	1/07	2/07	3/07	4/07	1/08	2/08	3/08	4/08
Ocupación									X	X				
Chapista industrial			X	X	X	X	X		X	X				
Caldeireiro de cobre e aliaxes lixeiras							X		X	X				
Montador de grandes estruturas metálicas en xeral									X	X				
Mecánico-axustador de maquinaria agrícola, en xeral.			X	X	X	X	X		X	X				
Mecánico - axustador (de motores) Diesel, agás vehículos							X		X	X				
Mecánico reparador de maquinaria agrícola, en xeral			X		X	X	X		X	X				
Mecánico reparador de maquinaria industrial, en xeral			X	X	X	X	X		X	X				
Mecánico reparador de maquinaria de construción, movemento de terras e/ou minaría				X	X	X	X		X	X				
Mecánico reparador de maquinaria de oficina						X	X		X	X				
Mecánico reparador de equipos industriais de refrixeración e climatización			X	X	X	X	X		X	X				
Mecánico reparador de calefaccións				X	X	X	X		X	X				
Mecánico reparador de ascensores e similares									X	X				
Instalador-axustador de instalacións de refrixeración e aire acondicionado							X		X	X				
Instalador - axustador de conducións de fluídos				X	X	X	X		X	X				
Montador de produtos de cartón / papel									X	X				
Peón forestal			X				X		X	X				
Peón de exterior de minas, canteiras e/ou pozos de petróleo			X	X	X	X	X		X	X				
Axuda de cámara, e/ou doncela	X	X						X						
Traballador de gando porcino, en extensivo							X	X						

[illegible]

ANEXO II

OCUPACIONES INCLUIDAS NO CONTINENTE DE
TRABAJADORES EXTRANJEROS
(2002-2008)



1. A CORUÑA

	Ocupación
2002	Empregado de fogar
2003	Talador -traballador forestal, encargado de obra, albanel, ferrallista-encofrador, carpinteiro, traballador en estruturas de construción, condutor de maquinaria, condutor de camión, peón de obras públicas
2004-2005	Ferrallista-encofrador, mecánico axustador de maquinaria, condutor de camión
2006	Dependente de comercio en xeral, traballador forestal en xeral, encofrador
2007	Traballador forestal en xeral, ferrallista-encofrador, condutor profesional de automóbil, condutor de autobús en xeral, condutor de camión en xeral, empregado de fogar
2008	Cociñeiro en xeral, camareiro en xeral, traballador forestal en xeral, encargado de obra de edificación en xeral, encargado de obra civil en xeral, xefe de equipo de obra, aplicador de revestimentos continuos de fachadas, encofrador-ferrallista, traballador da construción a grandes alturas, soldador por arco eléctrico en xeral, condutor-operador de formigoneira móbil, condutor-operador de grúa torre, condutor de camión en xeral, camareira de pisos (hostalaría), peón da construción de edificios, peón da industria metalúrxica e fabricación de produtos metálicos

2. LUGO

	Ocupación
2002	Oficial maquinista, pescador de augas doce e costeiras, operadores de serradoiro - maquinaria de construción - instalacións de tratamento da madeira
2003	Oficial maquinista, capitán e oficial de mariña, representante de comercio, cociñeiro, camareiro, talador-traballador forestal, pescador, albanel, parquetero solador, mecánico electricista, operador caldeira, condutor de camión, empregado de fogar, peón agrícola, peón da minaría
2004- 2005	Oficial maquinista marítimo, camareiro, pescador de altura, albanel, revocador-escaiologista, fontaneiro, pintor de edificios, mineiro, canteiro, soldador, axustador máquina ferramentas, ebanista, operador de caldeiras, condutor máquina pesada, condutor de camión, peón agrícola
2006	Cociñeiro en xeral, camareiro en xeral, traballador forestal en xeral, albanel, carpinteiro en xeral, revocador, pintor e/ou empapelador, instalador de illamentos, canteiro de construción, soldador de estruturas metálicas lixeiras, montador de grandes estruturas metálicas en xeral, calderetero (maestranza), condutor-operador de maquinaria de transporte de terras en xeral, condutor-operador de grúa fixa en xeral, condutor-operador de carreta elevadora en xeral, mariñeiro de cuberta (agás pesca), condutor de camión en xeral, persoal de limpeza ou limpador en xeral, limpador de ventás, peón da construción de edificios
2007	Maquinista naval, camareiro en xeral, mariñeiro de buque de pesca, albanel, aplicador de revestimentos continuos de fachadas, escaiologista, pintor e/ou empapelador, canteiro de construción, tallista, labrante a man de pedras e/ou mármore, montador de grandes estruturas metálicas en xeral, mecánico reparador de maquinaria agrícola en xeral, calderetero (maestranza), condutor-operador de carreta elevadora en xeral, condutor de camión en xeral, peón da construción de edificios

2008	Mecánico naval, patrón de pesca, recepcionista de hotel, cociñeiro en xeral, camareiro en xeral, podador e/ou motoserrista forestal, mariñeiro de buque de pesca, albanel, encofrador, montador de carpintaría metálica, aluminio e p.v.c, escaiolista, marmorista da construción, soldador de estruturas metálicas pesadas, soldador de estruturas metálicas lixeiras, chapista-pintor de vehículos, traballador na preparación de peixe para conservas, panadeiro, condutor de camión, en xeral, condutor de camión TIR (transporte internacional), pique de cociña, peón gandeiro, en xeral, peón da construción de edificios, mozo de carga e descarga, almacén e/ou mercado de abastos
-------------	---

3. OURENSE

	Ocupación
2002	Traballador cualificado agrícola, parquetero, solador e asimilados
2003	Traballador cualificado agrícola, traballador cualificado gandeiro, talador - traballador forestal, fontaneiro, electricista de construción, soldador, caldeireiro-chapista, mecánico axustador de vehículos de motor, mecánico electricista, operador preparación minerais, operador serradoiro, operador de máquina de fabricación de madeira, condutor de autobús, empregador de fogar
2004- 2005	Carpinteiro, electricista construción, soldador, montador cables, montadores ensambladores de produtos madeira e materiais similares, condutor de camión, peón gandeiro
2006	Soldador de estruturas metálicas lixeiras, traballador forestal en xeral, carpinteiro en xeral, peón gandeiro en xeral, instalador electricista en xeral
2007	Traballador forestal en xeral, carpinteiro en xeral, instalador electricista en xeral, cristaleiro de edificios, soldador de estruturas metálicas lixeiras, peón gandeiro en xeral
2008	Traballador forestal en xeral, carpinteiro en xeral, instalador electricista en xeral, peón gandeiro en xeral, mozo de carga e descarga, almacén e/ou mercado de abastos, repoñedor de hipermercado

4. PONTEVEDRA

	Ocupación
2002	Pescador de augas doce e costeiras
2003	Cociñeiro, pescador, albanel, ferrallista-encofrador, carpinteiro, revocador-escaiolista, soldador, caldeireiro-chapista, montador estrutura metálica, mecánico electricista, condutor de maquinaria, condutor de autobús, empregado de fogar
2004– 2005	Oficial maquinista marítimo, cociñeiro, camareiro, talador, traballador forestal, pescador de altura, caldeireiro, chapista, instalador de refrixeración, instalador liñas eléctricas, panadeiro, pasteiro, condutor de camión
2006	Encofrador, soldador-alicatador en xeral, chapista-pintor de vehículos, caldeireiro naval, caldeireiro-tubero, mecánico axustador de maquinaria industrial en xeral, panadeiro, condutor de camión en xeral.
2007	Mecánico naval, cociñeiro en xeral, encofrador, soldador de estruturas metálicas pesadas, soldador de estruturas metálicas lixeiras, chapista-pintor de vehículos, caldeireiro naval, caldeireiro-tubero (fabricación de construcións metálicas), mecánico-axustador de maquinaria industrial en xeral, instalador-reparador de liñas de enerxía eléctrica en xeral, panadeiro, condutor de camión en xeral, empregado de fogar
2008	Médico de medicina xeral, maquinista naval, mecánico naval, cociñeiro en xeral, mariñeiro de buque de pesca, albanel, encofrador, carpinteiro en xeral, caldeireiro naval, caldeireiro-tubero (fabricación de construcións metálicas), mecánico-axustador de maquinaria industrial en xeral, panadeiro, ebanista, mariñeiro de cuberta (agás pesca)