

VI

INMIGRACIÓN, MERCADO DE TRABAJO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Arcadio DELGADO CASTAÑEDA
Universidad de Valladolid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LAS RAZONES DEL FENÓMENO MIGRATORIO.
 2. LA RESPUESTA NORMATIVA.
 3. INMIGRACIÓN, MERCADO DE TRABAJO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
-

1. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LAS RAZONES DEL FENÓMENO MIGRATORIO

Asistimos en los últimos tiempos a un profundo debate sobre el fenómeno de la inmigración, que es observado por la opinión pública con una cierta desorientación, ante las noticias que a diario saltan a las primeras páginas de los periódicos y a las cabeceras de los informativos. Desorientación en la que a veces también caen los operadores jurídicos y los agentes sociales y económicos que se acercan ante este hecho con la perspectiva de tratar de solucionar un problema, cuando la inmigración es, ante todo, una solución a ciertos problemas que se plantean en el seno de las sociedades capitalistas ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sin perjuicio de que la inmigración plantee numerosos desafíos y problemas sobre todo a los inmigrantes y sus familias; como pone de relieve CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La España inmigrante. El ciclo migratorio: mercado y ciudadanía», en *El empleo en España: situación y perspectivas*, 2001. Incluso que sea «una de las cuestiones más preocupantes de la sociedad española», ARAGÓN BOMBÍN, R.: «Extranjeros en España», en *España en el mundo*, 2000.

La realidad de los fenómenos migratorios ha acompañado la historia misma del hombre y de los pueblos ⁽²⁾. El estudio de sus causas y consecuencias puede abordarse desde diferentes disciplinas científicas (antropológicas, sociológicas, psicológicas, históricas, económicas, jurídicas...) ⁽³⁾; quizás sin un estudio detallado desde los diferentes prismas que proporcionan estas ramas del saber no puede tenerse un conocimiento adecuado y completo de los movimientos migratorios en cada tiempo y lugar que permita dar respuesta a los fenómenos que lleva aparejados. En este trabajo se va a abordar el fenómeno migratorio con relación al mercado de trabajo y la respuesta del Derecho del Trabajo, con la incardinación de las competencias crecientes en esta materia de las Comunidades Autónomas, lo que no deja de ser un tratamiento parcial del complejo fenómeno migratorio.

Siguiendo a B. CARUSO ⁽⁴⁾ pueden apuntarse las líneas fundamentales del proceso migratorio vigente en los países de la Unión Europea, caracterizado por los siguientes rasgos:

- 1) Se trata básicamente de una *inmigración económica* (ligada al mercado de trabajo) en el que los trabajadores extranjeros llegan a Europa en busca de mejores condiciones de vida, empujados en sus países de origen por fuertes crecimientos demográficos, pero también por razones políticas, étnicas y religiosas. El primer ámbito sobre el que se produce una afectación del fenómeno migratorio es, por tanto, sobre la organización del mercado de trabajo y el gobierno de los derechos sociales de estos nuevos trabajadores.
- 2) El hecho de que convivan causas de carácter económico y cultural, junto a las propiamente económicas, hace aflorar *problemas políticos*, vinculados al derecho de asilo y a la idea de ciudadanía.
- 3) En la mayor parte de los casos, la *política criminal* asume un papel predominante, de modo que la inmigración se conecta más con los Ministerios de Interior que de Trabajo, y por tanto, se vincula a políticas de represión penal y seguridad interna.

⁽²⁾ Como afirma DYSON, F.J.: *El sol, el genoma e Internet*, trad. IBEAS, J.M., 2000, «siempre hay una variedad de razones para desplazarnos de un lugar a otro. Uno de los pocos factores constantes en la historia humana es que la gente migra a menudo recorriendo enormes distancias por razones difíciles de explicar».

⁽³⁾ Un estudio de las distintas teorías explicativas de los flujos migratorios y de las investigaciones sobre el proceso de integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo español en CARRASCO CASTRO, C.: *Mercados de trabajo: los inmigrantes económicos*, 1999.

⁽⁴⁾ CARUSO, B.: «Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿Más Estado y menos mercado?» en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, homenaje a Massimo D'Antona, 2001.

- 4) Los países miembros de la Unión Europea van siendo conscientes de la necesidad de establecer *planteamientos comunes* para dar respuesta al fenómeno migratorio, con una tendencia a la coordinación y aproximación, que alcanza su máxima expresión en la Cumbre de Sevilla en junio de 2002 en la que se aborda la inmigración como cuestión principal, en torno a la que se plantea la mayor parte de los debates y conclusiones.
- 5) Quizás partiendo de las premisas anteriores, puede afirmarse que durante la última década han primado en los diversos países las «*políticas de la inmigración*» (con restricciones y reglamentaciones de flujos), frente a las «*políticas para la inmigración*» (de integración y antidiscriminación) en las que se observa escasa preocupación innovadora.
- 6) Existencia de *elevadas tasas de desempleo* con necesidades de inmigración, confirmando la idea de que la llave del flujo migratorio ha pasado del mercado de trabajo al Estado. «La dialéctica entre exigencia económica de los mercados, siempre más fragmentada y discontinua, y preocupaciones políticas y financieras del sistema estatal, se instala en la base de una nueva e inusitada relación entre movimientos migratorios del lado de la oferta, economía sumergida y acentuación del fenómeno de segmentación del mercado de trabajo europeo».

Para avanzar un poco más en esta última característica y en general en las vinculaciones de la inmigración con las necesidades del mercado de trabajo, se hace preciso una primera aproximación a la realidad de nuestro mercado laboral. Según datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ⁽⁵⁾, el número de parados registrados se situó, a finales del año 2001 en 1.574.844 personas (frente a 1.556.382 del año 2000) con una tasa de paro de 13,0 (frente 13,6 del año 2000). En Castilla y León a finales del año 2001, el número de personas inscritas en el INEM era de 97.855 (frente a las 101.288 del año 2000) con una tasa de paro del 12,5 (frente al 13,3 del año 2000). De acuerdo con los datos del propio Ministerio, durante el año 2000 se concedieron 113.453 permisos de trabajo (4.117 en Castilla y León), mientras que hasta el mes de junio del año 2001 se habían concedido 74.408 permisos, frente a 5.749 en Castilla y León (en estos datos no se incluye el importante número de extranjeros regularizados durante el año 2001 a través de los distintos procedimientos extraordinarios). Según datos de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración ⁽⁶⁾, a finales del año 2001 el número de extranjeros residentes legales en España se situaba en 1.109.060 (frente a los 895.720 del año 2000). De ellos, 449.881 eran comunitarios y 659.179 del resto de países (419.874 y 475.846, respectivamente en el año 2000). En Castilla y León, a finales del año 2001 se

⁽⁵⁾ Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

⁽⁶⁾ Anuario Estadístico de Extranjería. Año 2001.

contabilizaban 30.262 extranjeros (13.201 comunitarios y 17.061 del resto de países), frente a los 24.338 del año 2000 (13.293 y 11.045, respectivamente). De este modo, a fecha 11 de enero de 2002 el número de trabajadores extranjeros en alta en la Seguridad Social ascendía a 627.795 trabajadores (de ellos 166.493 provenientes del Espacio Económico Europeo) lo que supone un porcentaje del 3,99 por 100 sobre el total de trabajadores en alta en la Seguridad Social. A la vista de lo anterior, cabe preguntarse: ¿Cómo puede explicarse que coexistan estas elevadas cifras de desempleo con un importante porcentaje de empleo de inmigrantes? Para dar respuesta a esta pregunta partimos no de las causas y circunstancias que mueven a los trabajadores inmigrantes a buscar trabajo en el mercado español, sino de las razones que explican que un mercado de trabajo con importantes tasas de desempleo necesite la presencia de inmigrantes. Siguiendo el estudio de CHACÓN, L. ⁽⁷⁾ en las dos últimas décadas, se ha producido en nuestro país un importante cambio en el «nivel de aceptabilidad» de los puestos de trabajo y en el «poder social de negociación» de los trabajadores autóctonos que, según el autor se explica por cinco factores:

- 1) El incremento del nivel general de bienestar y desarrollo de la sociedad española.
- 2) El rápido desarrollo del Estado de bienestar keynesiano que ha tenido lugar en España con la democracia: enseñanza gratuita, sistema nacional de salud, pensiones mínimas, prestaciones por desempleo...
- 3) Transformaciones de la fuerza de trabajo autóctona que se refleja en el aumento del nivel educativo que permite poner de relieve aquel cambio en el nivel de lo que se considera socialmente aceptable.
- 4) Mantenimiento de las redes familiares.
- 5) Expectativas generadas por estos elementos en los diferentes estratos sociales y segmentos laborales autóctonos y en cómo estas expectativas se trasladan a sus hijos.

Estas razones podrían explicar la escasez de mano de obra que se genera en determinados sectores/segmentos/áreas geográficas del mercado que sin llegar a su vaciamiento pueden crear problemas de funcionamiento en esos mercados con la aparición de «nichos laborales» con dificultades de reclutamiento de trabajadores. El recurso a trabajadores inmigrantes se presenta, desde esta perspectiva, como una necesidad del mercado de trabajo ante el rechazo de la población nacional a cubrir determinados puestos de trabajo en los que, por las circunstancias de los mismos, son poco atractivos para la población autóctona, respondiendo a puestos de trabajo definidos en inglés con las tres D (*dirty, dangerous, demanding*), y que en castellano podríamos tradu-

(7) Cfr. CHACÓN RODRÍGUEZ, L.: «La España inmigrante...», pp. 321-326.

cir con la tres P (*penosos, peligrosos, precarios*)⁽⁸⁾. Como pone de manifiesto RODRÍGUEZ-PIÑERO, «la inmigración se beneficia de las imperfecciones y desequilibrios de nuestro mercado de trabajo, pero, al mismo tiempo, es un requerimiento de ese mercado pues, en bastantes casos, la mano de obra inmigrante resulta necesaria para nuestro sistema económico-productivo, que no podría prescindir sin más de los trabajadores extracomunitarios»⁽⁹⁾. Sin embargo, estas razones no explican todos los supuestos de insuficiencia de mano de obra en el mercado de trabajo nacional, empezando a aparecer cada vez de una manera más patente, ocupaciones que demandan una formación específica que no responden a la definición de puestos de trabajo antes apuntada, y en las que las dificultades de cubrir los mismos con inmediatez con trabajadores autóctonos justifican el recurso a trabajadores extranjeros formados⁽¹⁰⁾.

2. LA RESPUESTA NORMATIVA

Antes de abordar en detalle otras cuestiones, hay que precisar que en España se distinguen claramente dos regímenes de extranjería: el de los *extranjeros comunitarios* y el de los *no comunitarios*. El régimen aplicable a los primeros constituye un sistema privilegiado al partirse del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, comprendiendo él mismo no sólo a los nacionales de la Unión Europea y de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sino también a sus familiares extranjeros de terceros países que puedan ampararse por el principio de reagrupación familiar, así como a los familiares de españoles que sean nacionales de terceros países⁽¹¹⁾. Sin embargo, el presente estudio se va a centrar en la inmigración de extranjeros no comunitarios.

La nueva regulación de la extranjería en nuestro país trata de enmarcarse en el ámbito del *Derecho comunitario*, y en el cambio originado desde el

(8) Cfr. CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La España inmigrante...», p. 319.

(9) RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Legislación de extranjería y política de inmigración», *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2000.

(10) Los perversos efectos que esa migración de personas cualificadas tiene para los países en vías de desarrollo han sido puestos de manifiesto en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración, Bruselas, 22 de noviembre de 2000, indicando que son estos países «los que menos pueden permitirse perder las inversiones que han hecho en educación y formación, particularmente de los beneficiarios de enseñanza superior».

(11) El Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE* de 22 de febrero de 2003), deroga el Real Decreto 766/1992, de 28 de junio, y regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España de los nacionales de los Estados miembros y sus familiares.

Tratado de Ámsterdam de 1997 en el que se proporcionaron a la Unión Europea mecanismos en materia de inmigración y asilo. Debe observarse, no obstante, que esta asunción responde, en un primer momento, básicamente a razones funcionales, esto es, al interés en la efectividad de la libre circulación de personas en el espacio interior⁽¹²⁾. Ahora bien, la construcción europea se realiza sobre la base de las ideas de libertad, derechos humanos y Estado de Derecho, afirmándose en las Conclusiones del Consejo de Tampere, que esta libertad no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión. Su propia existencia ejerce un poder de atracción sobre muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada. Sería además contrario a las tradiciones europeas negar esa libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio⁽¹³⁾. En definitiva, en el debate europeo entre cerrar de manera hermética las puertas del bienestar europeo a otros ciudadanos y aceptar y regular el fenómeno migratorio, se ha optado, como no podría ser de otra manera, por la regulación de las migraciones, buscando maximizar los efectos positivos de la inmigración, no sólo para la Unión sino para los propios inmigrantes. De este modo, los pilares sobre los que se basa la política migratoria de la Unión serán: primero, dotar de un estatuto justo a los nacionales de terceros países tratando de erradicar la discriminación y la xenofobia; segundo, la erradicación de la inmigración ilegal; y tercero, la colaboración con los países de origen.

El Tratado de Ámsterdam se fija como objetivo de la Unión Europea la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, a través del cual se busca perfeccionar la libre circulación de personas sin controles en las fronteras de los Estados Miembros. Ello llevó a introducir un nuevo título IV en el Tratado de la Comunidad, para regular los aspectos complementarios de la libre circulación de personas referidos a la acogida, estancia y residencia de los ciudadanos de terceros países, con previsión de un común régimen de extranjería de residencia y de derechos para los nacionales no comunitarios. Para ello se prevé una regulación comunitaria que aborde los siguientes aspectos: acogida y estancia de los solicitantes de *asilo*, concesión del *estatuto del refugiado*, acogida de refugiados y *personas desplazadas*; *política de inmigración*, me-

(12) Así se pone de manifiesto por RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. en «La extranjería en la Unión Europea», en *Protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid, 2001, citando a DE MIGUEL ZARAGOZA, J. y BLANCO DE CASTRO, A.: «El Título VI del Tratado de la Unión: Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior» *Gaceta Jurídica de la CE*, D. 18, 1992. que con ocasión del reformado artículo K.1 del TUE afirman que la política de inmigración se aborda en el seno de la Unión «no en función de lo laboral ni de lo social, sino en función de la interferencia que la política de admisión de cada Estado o en general su legislación y práctica sobre extranjería puede representar para los demás Estados».

(13) SN 200/99, Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

dian­te el establecimiento de normas homogéneas aplicables a todos los Estados Miembros sobre las condiciones de estancia y residencia de nacionales de terceros países (previ­endo visados de larga duración y permisos de residencia, así como definición de la situación de ilegalidad de los inmigrantes y la posible repatriación) y, en cualquier caso, previ­endo la celebración de acuerdos de cada Estado con terceros Estados, en muestra clara del carácter no exclusivo de la Unión para la regulación de la materia; establecimiento de *derechos de los residentes de terceros países* en el territorio de la Unión Europea; y finalmente, la *cooperación judicial en materia civil y administrativa* a fin de mejorar y simplificar los procedimientos. En definitiva, el Tratado de Ámster­dam traslada del ámbito intergubernamental de la Política Exterior y de Seguridad Común al ámbito comunitario, políticas y medidas complementarias relacionadas con la libre circulación de personas, previ­endo un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado (1 de mayo de 1999) para el desarrollo de estas materias. Quedan fuera del pilar comunitario, dentro de la PESC las medidas de cooperación policial y judicial penal ⁽¹⁴⁾.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, la Constitución española no aborda la cuestión de la inmigración refiriéndose tan sólo a ella como competencia exclusiva del Estado (artículo 149.2) distinguiéndola de la extranjería. Se es consciente por el legislador constitucional que una cosa es la regulación de las condiciones legales para el ingreso y residencia de los extranjeros en España (*política de inmigración*) y otra la regulación de los derechos de los extranjeros en España para garantizar su integración en la sociedad de acogida (*política de extranjería*) ⁽¹⁵⁾. Y en cualquier caso considera que ambas materias deben ubicarse en el círculo de las competencias del Estado, por su conexión con el ejercicio de la soberanía del Estado.

El cuadro normativo de la inmigración se recoge en la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con las importantísimas modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (LOEX). Esta última, en su disposición final segunda, otorgaba al Gobierno un plazo de seis meses para la publicación del Reglamento de la ley, previsión cumplida por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (RLOEX).

(14) DEL VALLE GÁLVEZ, J.A.: *La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II)*, en pp. 50-63.

(15) Sobre esta cuestión ver RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Legislación de extranjería...». Como apunta RAMOS QUINTANA, M.I. en «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», *Ponencia al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cantabria, 2001, la distinción conceptual entre extranjero (identificado como el no nacional, reducida, por tanto, al plano de lo político) e inmigrante (extranjero que se desplaza para la búsqueda de trabajo, noción, que incorpora un contenido o carga social) fue precisada ya desde hace mucho tiempo por LYON-CAEN, G.: «Les travailleurs étrangers. Étude comparative», *DS*, 1975.

La nueva normativa del año 2000 viene a sustituir a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que en un contexto distinto del vigente regulaba por primera vez en nuestro Derecho, el marco de derechos de los extranjeros en nuestro país, si bien, como se ha dicho ⁽¹⁶⁾, era sobre todo una ley sobre y para la inmigración, regulando los derechos y libertades de los extranjeros en cuanto sujetos de la inmigración. La nueva situación del fenómeno migratorio, unido a los compromisos asumidos por España por su pertenencia a la Unión Europea, recogidas fundamentalmente en las conclusiones adoptadas en Tampere en octubre de 1999, hacían necesario un nuevo tratamiento de la extranjería y de la inmigración. La Ley Orgánica 4/2000, llevó a cabo un nuevo marco jurídico de la inmigración junto a la regulación detallada de los derechos del extranjero inmigrante. Sin embargo, esta ley fue profundamente modificada poco tiempo después por la Ley 8/2000 enfocada de una manera más decidida al control de los flujos migratorios ⁽¹⁷⁾. El desarrollo reglamentario acometido por el Real Decreto 864/2001 ha venido a regular con detalle, y en ocasiones con excesiva minuciosidad, cuatro de los aspectos procedimentales recogidos en la ley: el régimen de visado, con plasmación del contenido del articulado del Convenio Schengen ⁽¹⁸⁾, las situaciones jurídicas de estancia y residencia, el régimen de permisos de trabajo y el régimen sancionador. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, ha declarado contrarios a la ley diversos artículos del texto reglamentario.

3. INMIGRACIÓN, MERCADO DE TRABAJO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La primera aparición de las Comunidades Autónomas con un papel relevante en materia de inmigración se produce con la Ley Orgánica 8/2000, dentro de las importantes modificaciones introducidas en el régimen de contin-

⁽¹⁶⁾ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», *Ponencia al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cantabria, 2001.

⁽¹⁷⁾ Un análisis del tortuoso iter parlamentario seguido por estas normas y a los debates suscitados en torno a las leyes y su normativa de desarrollo, puede observarse en AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Normativa comentada sobre Derecho de extranjería*, Valladolid 2001. Debe señalarse la existencia de diversos recursos de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, que están pendientes de resolución.

⁽¹⁸⁾ Acuerdo de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes del que el Estado español forma parte del mismo desde la firma en Bonn del Protocolo correspondiente, el 27 de junio de 1991 (*BOE* de 30 de julio). Con posterioridad, se elabora el Convenio de aplicación de dicho Acuerdo, de 19 de junio de 1990 y que, igualmente, es suscrito por España con fecha de 23 de julio de 1993 (*BOE* de 5 de abril de 1994).

gentación. Para entender la regulación vigente se hace preciso observar los antecedentes más inmediatos que nos situaran en la pista de la nueva normativa de cara a llegar a las consecuencias de la modificación. El sistema de contingencia no es una novedad en la Ley Orgánica 8/2000, ya que se contaba con una regulación en la norma que modifica ésta. Lo que se viene a hacer con las leyes del año 2000 es regular mediante ley una actuación que surge de la práctica administrativa y que fue recogida en el desarrollo reglamentario de la Ley 7/1985, de 1 de julio ⁽¹⁹⁾. En la primera ley del año 2000 se incorporó la regulación del contingente de trabajadores extranjeros, con modificaciones respecto al régimen del Real Decreto 155/1996. Así, en primer lugar, se transformó en obligación para el Gobierno el fijar anualmente el contingente lo que antes era una posibilidad. En segundo lugar, se destinó solo a la contratación de trabajadores extranjeros que no residan en España, cerrándose la posibilidad de dirigirse a inmigrantes que se encontraran en nuestro país en situación irregular. En tercer lugar, se completó el mecanismo con lo que se denominó «excepciones al contingente» donde al lado de una serie de supuestos especiales (ciertos familiares, puestos de confianza, etcétera), se preveía la posibilidad de tramitar permisos de trabajo por el que se consideraba en la práctica el procedimiento general u ordinario, y que suponía un sistema real de regularización permanente de inmigrantes en situación irregular. Este mecanismo se concretaba en la solicitud realizada por un empresario mediante una oferta nominativa de empleo a un trabajador extranjero, condicionándose la concesión del permiso de trabajo a la situación nacional de empleo, concepto que también era distinto del recogido en la Ley 7/1985, cuyo artículo 18.1 se refería a la inexistencia de trabajadores españoles en paro o insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica que se pretende trabajar, previsión que se reguló reglamentariamente otorgando a la autoridad laboral competente para decidir, la facultad de requerir al interesado la justificación de haber solicitado al servicio público de empleo los demandantes de empleo previos para cubrir la oferta.

En resumen, la Ley Orgánica 4/2000 concretaba dos formas de acceso al mercado de trabajo de trabajadores inmigrantes para dar respuesta a la necesidad de mano de obra de las empresas y, por tanto, al margen de las circunstancias particulares del trabajador inmigrante:

(19) Artículo 70 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. «Establecimiento de contingente. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, y de Asuntos Sociales, previa consulta con las organizaciones sociales y empresariales más representativas, e informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá establecer un contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios, con objeto de garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas y, en su caso, establecer un procedimiento específico para su gestión».

- 1) Para los trabajadores que no residiesen en España: establecimiento de contingente anual, con especificación de sectores y actividades.
- 2) Para los extranjeros residentes en España: régimen general «de acceso libre» mediante la solicitud de un empresario con oferta de empleo nominativa, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo.

La Ley Orgánica 8/2000 ha mantenido el sistema anterior, pero previendo que en el desarrollo reglamentario y en la ejecución de la ley por el Gobierno, se aborden modificaciones del régimen anterior. Como avanza en la Exposición de Motivos, es de destacar «el tratamiento concedido en este nuevo texto al contingente de trabajadores extranjeros, estableciéndose unas excepciones al mismo en base a circunstancias determinadas por la situación del trabajador extranjero». Y esto se sitúa dentro del objetivo más general que se asume en la reforma de llevar a cabo un mayor control de los flujos migratorios una vez aceptado el hecho estructural de que España se ha convertido en un país de destino de migraciones. A tal fin se introducen las siguientes modificaciones:

- 1) Regulación minuciosa, vía reglamentaria, del sistema de contingentes de trabajadores extranjeros, fijando la preferencia del sistema de contingente anual sobre el denominado régimen general (artículo 65.11 RELOE) ⁽²⁰⁾.
- 2) Eliminación de los supuestos contemplados como excepciones al contingente del artículo 38.2 de la Ley 4/2000 que, junto con las excepciones de permisos de trabajo vinculadas a razones subjetivas del extranjero que se regulaban en el artículo 39.2 de la Ley 4/2000, se agrupan bajo el epígrafe de «supuestos específicos», en los que es preciso la obtención de permiso de trabajo aunque sin necesidad de contemplar la situación nacional de empleo.
- 3) Condicionamiento del mandato al Gobierno de establecimiento del contingente anual de trabajadores extranjeros a la existencia de necesi-

⁽²⁰⁾ Teniendo en cuenta la previsión legal y reglamentaria, el Gobierno aprobó, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002 (*BOE* de 12 de enero de 2002). Para el año 2003, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, regula los procedimientos de contratación y fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a los extranjeros residentes legales en España y a los extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella (*BOE* de 16 de enero de 2003). La diferencia más importante entre los dos Acuerdos se encuentra en que en el año 2002 se cerró la posibilidad de utilizar el régimen general, de modo que salvo los supuestos previstos en los artículos 71, 76, 77 y 79 del Reglamento, las ofertas de mano de obra extranjera debían tramitarse a través del procedimiento de contingente. Para el año 2003, se abre la posibilidad de tramitar por el régimen general las solicitudes de permisos de trabajo de extranjeros en los que se acredite fehacientemente que no son residentes ni se hallen en España.

dades reales de mano de obra y a la situación nacional de empleo, eliminándose su carácter obligatorio ⁽²¹⁾.

- 4) Incorporación de la opinión de las Comunidades Autónomas en el procedimiento para la determinación del contingente anual, posibilitando que éstas eleven propuestas al Gobierno en las que se concreten el número de ofertas de empleo y las características de los trabajadores demandados.

Detengámonos en la última de las modificaciones apuntadas. Con la reforma de la ley de diciembre de 2000 se ha dado entrada, por primera vez en la legislación sobre inmigración a las Comunidades Autónomas en una materia que, por recogerse en el artículo 149 CE como de competencia exclusiva del Estado, parecía vedado a éstas. La actuación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento se produce en un triple plano:

- 1) Mediante la remisión facultativa de propuestas al Gobierno sobre las ofertas de trabajo que en el ámbito de la misma pueden ser cubiertos por trabajadores extranjeros extracomunitarios. En una interpretación amplia podría entenderse que a través de esta vía cabría recoger no sólo las necesidades reales de mano de obra extranjera que necesita el mercado de trabajo, sino propuestas de incorporación de población inmigrante en el contexto de las denominadas «*migraciones de reemplazo*».
- 2) A través de la intervención preceptiva de la Comisión Ejecutiva Provincial del INEM a quien corresponde analizar las carencias de mano de obra del mercado de trabajo provincial, partiendo de las necesidades detectadas por las organizaciones empresariales y de los datos aportados por el Servicio Público de Empleo, sobre demandantes de empleo, ofertas presentadas, contratos realizados, etcétera, a fin de elaborar una propuesta concreta que especifique el número de trabajadores necesarios por sectores de actividad y ocupación que se elevará al Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, quien la remitirá a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones. La previsión de participación de las Comunidades Autónomas en esta comisión recogida en el artículo 65.2 RELOE se ha aclarado en una Circular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ⁽²²⁾, distinguiendo a efectos de la composición de la misma entre Comunidades Autónomas con competencias de interme-

(21) Lo que, según RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los inmigrantes...» pone de manifiesto la actitud reticente a admitir el fenómeno de la inmigración como elemento estructural del modelo económico.

(22) Circular Conjunta de las Direcciones Generales de Ordenación de las Migraciones y del Instituto Nacional de Empleo en relación con la determinación del contingente de 14 de septiembre de 2001.

diación laboral no transferidas (en las que la presidencia la asume el Director del Área o Jefe de Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales, participando dos vocales de las Administraciones Públicas: el Director Provincial del INEM y un representante de la Comunidad Autónoma) y aquella en las que se ha producido la transferencia de las citadas competencias (donde un representante de la Comunidad Autónoma actuará como presidente, y otro de vocal junto al Director del Área o Jefe de Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales, asumiendo la secretaría de la comisión el Director Provincial del INEM).

- 3) A través de la participación en el Consejo Superior de Política de Inmigración, que deberá ser oído con carácter previo a la decisión del Gobierno (artículo 39 LOE), y en las que cada una de las Comunidades Autónomas cuenta con un representante designado por su respectivo órgano de Gobierno ⁽²³⁾.

Pero la Ley contempla en más supuestos la posible participación de las Comunidades Autónomas. En la regulación minuciosa de los permisos de temporada realizada por el artículo 89 del RELOEX que desarrolla el artículo 42 de la LOEX se otorga a las Comunidades Autónomas el papel de suministrar información al Gobierno de cara a la fijación de las actividades de temporada o campaña. Asimismo se crea una Comisión provincial para actividades de temporada o de duración determinada, de composición tripartita y presidida por el respectivo Director del Área o el Jefe de la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales, con la participación de un representante de la Comunidad Autónoma. Su finalidad es informar sobre la necesidad de contratar trabajadores extranjeros por la imposibilidad de cubrir las ofertas de empleo de temporada con trabajadores residentes en territorio español.

El artículo 68 de la LOEX regula el Consejo Superior de Política de Inmigración, como órgano destinado a asegurar una adecuada coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas con competencias con la integración de los inmigrantes y para el desarrollo de una política global en la materia. La participación de las Comunidades Autónomas reconoce las importantes y crecientes competencias que en la materia tienen encomendadas éstas, abandonando la idea del carácter exclusivo del Estado en la materia de inmigración y extranjería.

A la vista de lo anterior puede afirmarse que la incorporación de las Comunidades Autónomas en la normativa reguladora del trabajo de los inmigrantes, si quiere aun de forma residual, parece avanzar una modificación en el tratamiento de la materia que incide en la competencia para la resolución de solicitudes de tales permisos en un ámbito administrativo distinto del que de una primera lectura del texto constitucional parece deducirse.

⁽²³⁾ Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración.

En efecto, el artículo 149.2 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado las materias de «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo». Por su parte, el artículo 149.7 CE sitúa en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado la legislación laboral, si bien posibilita que la ejecución de la misma sea asumida por las Comunidades Autónomas, en una previsión hoy hecha efectiva a favor de todas éstas (con la excepción de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), convirtiendo en competencia compartida la inicial consideración de exclusividad.

El problema se centra en definitiva, en determinar si la concesión de autorizaciones y permisos de trabajo constituye una actuación administrativa de ejecución de la legislación laboral o si por el contrario, es un acto de ordenación de las migraciones.

Como ha quedado dicho más arriba, la política de inmigración tiene por objeto el establecimiento de los criterios para la entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio nacional, a cuyo efecto podrán destinarse los sistemas de contingentación, el régimen de visados, procesos de regularización, etcétera. Dentro de los criterios de entrada y residencia puede exigirse, como de hecho legalmente se hace, la acreditación de medios económicos suficientes para atender a los gastos del extranjero y su familia o haber obtenido la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Ahora bien, la concesión de una autorización o de un permiso de trabajo, bien sea previa o posterior a la entrada o a la concesión de un permiso de residencia, no es un acto de valoración o de ordenación de los flujos migratorios, sino un acto de control del mercado de trabajo, que incide de manera directa en la ordenación de la oferta y la demanda de trabajo ⁽²⁴⁾.

A esta conclusión se llega, sin duda observando la regulación legal y reglamentaria del procedimiento de concesión de permisos de trabajo, por más que la regulación se contenga en textos únicos junto a la regulación de aspectos de extranjería y de inmigración. En efecto, la resolución favorable del permiso de trabajo por cuenta ajena requerirá la tramitación de un expediente administrativo laboral, en el que se analizarán y valorarán, entre otros, los siguientes aspectos laborales ⁽²⁵⁾:

- 1) La documentación económica y laboral de la empresa, a fin de comprobar que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, que tiene la suficiente capacidad y solvencia para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y que está en condiciones de garantizar al trabajador una actividad continuada durante la vigencia del permiso.
- 2) La oferta de empleo o el contrato de trabajo a fin de que cumplan las exigencias previstas en la normativa laboral y que las condiciones de

⁽²⁴⁾ RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los inmigrantes...».

⁽²⁵⁾ Artículos 74.1 y 81.1.1 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, RELOE.

trabajo exigidas al trabajador extranjero no son inferiores a las establecidas para un trabajador nacional por la normativa legal y sectorial de referencia.

- 3) La situación nacional de empleo, reflejada en los certificados emitidos por el Servicio público de empleo, recogiendo el resultado de la gestión de la oferta.
- 4) El cumplimiento de la prohibición de la empresa de contratar trabajadores extranjeros cuando en los doce meses anteriores a la contratación haya amortizado puestos o extinguido contratos de trabajo, posteriormente declarados nulos o improcedentes.
- 5) La posible existencia de infracciones previas a la normativa laboral, impuestas por la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Algo similar ocurre en la tramitación de los permisos de trabajo por cuenta propia, en los que la Administración habrá de valorar los siguientes aspectos ⁽²⁶⁾:

- 1) La viabilidad futura del proyecto de actividad presentado.
- 2) El cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la apertura y funcionamiento de la actividad de que se trate.
- 3) Si la actividad proyectada favorece la creación de puestos de trabajo.

En términos similares debe llevarse a cabo la valoración en los expedientes administrativos relativos a los supuestos de modificaciones ⁽²⁷⁾ y renovaciones ⁽²⁸⁾ de permisos de trabajo, en las autorizaciones para trabajar ⁽²⁹⁾ y en el reconocimiento de excepciones de permiso de trabajo ⁽³⁰⁾.

En definitiva, la autorización o permisos de trabajo es un instrumento de ordenación del mercado de trabajo, y su concesión es un acto administrativo de ejecución de naturaleza jurídico-laboral. Y si ello es así, la competencia para expedirlo podría ser asumida por las Comunidades Autónomas, al amparo del artículo 149.7 CE ⁽³¹⁾.

⁽²⁶⁾ Artículos 74.2 y 81.1.3 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, RELOE.

⁽²⁷⁾ Artículos 73 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, RELOE.

⁽²⁸⁾ Artículos 72 y 81.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, RELOE.

⁽²⁹⁾ Artículos 79 y 91 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, RELOE.

⁽³⁰⁾ Artículos 68 y 90 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, RELOE.

⁽³¹⁾ A esta conclusión llega RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los inmigrantes...», para quien la posible atribución de competencias a las Comunidades Autónomas para la autorización del trabajo de los extranjeros facilitaría la colocación de éstos y, desde luego, proporcionaría mejores cauces jurídicos para controlar las condiciones de contratación bajo las cuales se desarrolla el trabajo de los inmigrantes.