

El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO*

LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

La inmigración irregular se ha convertido en un fenómeno común en todos los países de la Unión Europea, si bien su presencia es muy variable de unos a otros. Las políticas nacionales de inmigración establecen regulaciones legales específicas para que los extranjeros accedan al mercado de trabajo. En general, el objetivo de estas políticas es proporcionar vías de entrada para colmar las necesidades del mercado laboral, pero teniendo en cuenta la situación de la mano de obra nacional. En definitiva, se trata de cubrir con trabajadores extranjeros aquellos puestos de trabajo para los que no existen trabajadores nacionales. Sin embargo, en la práctica son muchos los extranjeros que entran y permanecen irregularmente en los territorios de los distintos Estados sin cumplir los trámites legalmente establecidos. Aun cuando es difícil conocer con exactitud el número de inmigrantes ilegales existentes,

es un hecho constatado que su magnitud es considerable, por lo que su reducción se ha convertido en una prioridad política tanto a nivel estatal como de la Unión Europea¹. La existencia de un gran número de trabajadores inmigrantes que acceden al mercado laboral sin seguir los cauces legalmente establecidos al efecto, pone de manifiesto el fracaso práctico de las políticas nacionales de inmigración.

Por lo que se refiere a nuestro país, el acceso de los extranjeros al empleo está basado, fundamentalmente, como señala la Exposición de Motivos del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre

¹ En este sentido, a nivel europeo, y a la vista de la evolución de la inmigración en los últimos tres años, se ha abierto un proceso de debate, sobre las normas comunitarias más adecuadas para regular la admisión de inmigrantes económicos. Se trata de desarrollar una política común de inmigración destinada a garantizar la gestión eficaz de los flujos migratorios. Ver, Libro Verde de la Comisión sobre *El planteamiento de la Unión Europea sobre la gestión de la inmigración económica*, Bruselas, 11 de enero de 2005, COM (2004) 811 final.

* Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, «en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo y, salvo en los supuestos previstos por circunstancias excepcionales y por el paso desde una situación de residencia o de estancia por investigación o estudios a una autorización de residencia y trabajo, los inmigrantes que quieran desarrollar una actividad laboral deberán venir en origen con un visado que les habilite para trabajar o para buscar un empleo». En efecto, para que los extranjeros puedan obtener una autorización de trabajo en España la situación nacional de empleo debe permitir la contratación de trabajadores extranjeros. Así, son dos los sistemas de acceso de los extranjeros al mercado de trabajo, el régimen general y el contingente, pero en ambos se tiene en cuenta la situación nacional de empleo. El régimen general supone la existencia de una oferta concreta de trabajo dirigida a un trabajador extranjero previa constatación de que no hay demandantes de empleo en España para cubrir dicha oferta. A los efectos de determinar la situación nacional de empleo se tendrá en cuenta el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal. La calificación de la ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero. Asimismo, aunque una ocupación no haya sido calificada como de difícil cobertura, se entiende que la situación nacional de empleo permite la contratación de un trabajador extranjero cuando el empresario acredite la insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo ofertado. Para ello deberá probar que ha gestionado la oferta de empleo a través del Servicio Público de Empleo y que la gestión ha concluido con resultado negativo. Acreditadas las circunstancias señaladas se podrá tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida a un extranjero no residente en España. Por su parte, el sistema del contingente es «un mecanismo de canalización de

flujos laborales, por el que los poderes públicos se responsabilizan de la orientación y dirección de dichos flujos en lugar de dejar esta iniciativa exclusivamente en manos del empleador individual o de las leyes del mercado»². El contingente permite la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios (art. 77.2 RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). El acuerdo del Consejo de Ministros por el que se apruebe el contingente comprenderá una cifra provisional, así como las características de las ofertas de empleo de carácter estable para un año natural que puedan ser cubiertas a través de este procedimiento por trabajadores extranjeros que no se hallen ni residan en España. Las ofertas de empleo genéricas presentadas a través del contingente se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios.

En cualquier caso, en ambos sistemas los extranjeros que quieran trabajar en España deberán recibir una oferta de empleo en su país de residencia. En ese caso el trabajador extranjero deberá solicitar el visado de residencia para trabajar en la misión diplomática u oficina consular de su lugar de residencia. Sin embargo, la dificultad práctica de este procedimiento que obliga al empresario a contratar a trabajadores extranjeros en su país de residencia y, por tanto, sin un previo contacto personal—salvo que el empresario se desplace a dicho país— ha hecho que el siste-

² 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*, nº 4, 2005, pág. 112.

ma no sea eficaz. Prueba de ello, es la existencia de un gran número de trabajadores extranjeros en nuestro país que prestan servicios sin contar con la correspondiente autorización de trabajo.

En efecto, son muchos los inmigrantes que entran ilegalmente sin las autorizaciones administrativas necesarias. Una gran parte de los inmigrantes ilegales entran con un visado válido o bajo un régimen que no exige visado, pero permanecen pasado el plazo legal o modifican el propósito de la estancia sin contar con la aprobación de las autoridades. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la expresión «trabajadores inmigrantes irregulares» abarca situaciones muy diferentes, todas ellas caracterizadas por la ausencia de autorización para trabajar. Así, de conformidad con la normativa legalmente vigente, se encuentran en esta situación:

- los trabajadores extranjeros que ejercen una actividad laboral sin contar con la correspondiente autorización de trabajo porque han entrado en territorio español con una mera finalidad de estancia o residencia (por ejemplo, han entrado con un visado de tránsito o un visado de estancia o con una autorización de residencia temporal) y, en consecuencia, no han iniciado los trámites administrativos fijados legalmente en su país de origen;
- los trabajadores extranjeros que hayan obtenido autorización de trabajo para un determinado sector geográfico o una concreta actividad y prestan servicios en un lugar o actividad diferente del autorizado;
- los trabajadores extranjeros que no obtengan la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicialmente concedida;
- los trabajadores extranjeros que cuenten con una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada y que concluida la relación laboral no retornan a su país de origen y comienzan a prestar servicios para otro empresario sin contar, en consecuencia, con la correspondiente autorización;
- los trabajadores extranjeros que acceden al territorio español con un visado para búsqueda de empleo y que, transcurrido el plazo de estancia de tres meses sin haber obtenido un contrato de trabajo, permanecen en territorio nacional;
- los extranjeros que entran en territorio español con un visado de estudios y que finalizado o no el curso para el que se matricularon o, en su caso, el trabajo de investigación correspondiente, permanecen en territorio español prestando servicios para un empresario.

Los extranjeros irregulares encuentran normalmente trabajo en la economía sumergida, por ello no hay ninguna duda de que si los Estados quieren controlar la inmigración irregular deberán al mismo tiempo establecer medidas para combatir la contratación ilegal. Los inmigrantes ilegales, debido a la falta de documentación, prestan sus servicios, mayoritariamente en puestos de trabajo poco cualificados en el sector de la construcción, la agricultura, la restauración, la limpieza y el servicio doméstico. Como se ha puesto de manifiesto, «siempre existirá un cierto nivel de migración ilegal cualesquiera que sean las vías legales que se instauren, por lo que la lucha contra la migración ilegal debe seguir siendo una parte esencial de la gestión de la inmigración»³. Sin embargo, aun siendo esto cierto, a los Estados no les interesa mantener un número muy elevado de inmigrantes irregulares como consecuencia de las repercusiones negativas que la inmigración irregular acarrea a largo plazo; de ahí que, en la práctica, se vean obligados a adop-

³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal, COM (2004) 412 final.

tar medidas para legalizar a los inmigrantes que se encuentran de hecho en su territorio.

En este sentido, dos son los procedimientos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para proceder a la legalización de trabajadores extranjeros que se encuentran en España sin las autorizaciones administrativas correspondientes:

- el primer procedimiento, de carácter extraordinario, al que se le conoce con el nombre de «regularización» o «normalización», consiste en la concesión de las autorizaciones administrativas legalmente exigidas a los extranjeros que cumplan los requisitos exigidos por la norma que en cada momento apruebe el correspondiente proceso de regularización. Se trata de procedimientos extraordinarios, por cuanto tienen un período determinado de caducidad fuera del cual, aun cuando se cumplan los requisitos exigidos, no es posible optar a dicha regularización;
- el segundo procedimiento, de carácter ordinario, fue una novedad de la LO 4/2000 (art. 31), y consiste en la concesión de una autorización de residencia temporal y, en su caso de trabajo, tras un período de estancia irregular en España, cuando se acredite una situación de arraigo.

Al estudio de estos dos procedimientos, que tienen por finalidad resolver la irregularidad en la prestación de servicios de trabajadores extranjeros, se dedica este trabajo.

LA UNIÓN EUROPEA Y LOS PROCESOS DE REGULARIZACIÓN

La inmigración ilegal es una realidad en Europa; prueba de ello es que algunos Estados miembros han creado programas para regularizar a los inmigrantes irregulares existentes en su territorio, de manera que las regularizaciones se han convertido en una

característica de la política de inmigración en la Unión Europea. La frecuencia de las operaciones de regularización ha sido creciente, especialmente desde mediados de los años noventa. El hecho de que sea necesario realizar tales regularizaciones pone de manifiesto la existencia de una economía sumergida, de manera que, en gran medida, las regularizaciones tienen una motivación económica.

Especialmente a partir del año 2001 las regularizaciones extraordinarias se han convertido en un fenómeno común en los países del sur de Europa. Así, se han desarrollado procesos de regularización extraordinarios de carácter masivo en España (6 procesos), Italia (5 procesos), Portugal (3 procesos), Grecia (2 procesos), Francia (2 procesos) y Bélgica (1 proceso), cuya eficacia ha sido cuestionada por la Unión Europea. En este sentido, la Comisión Europea considera que estos procesos son un factor favorable al proceso de integración de los inmigrantes pero también pueden generar más inmigración ilegal⁴. En efecto, los procesos de regularización permiten a los Estados tener un panorama más claro de quién está presente en su territorio, así como aumentar los ingresos públicos mediante el pago de impuestos y Seguridad Social, al traer a los trabajadores ilegales al mercado laboral regular siempre y cuando las personas afectadas logren mantener u obtener un empleo. Sin embargo, por otro lado, las regularizaciones ofrecen un cierto estímulo a la inmigración ilegal. Esto se ha experimentado en los Estados miembros que han aplicado programas de regularización de carácter masivo, pues a menudo se requiere de procesos de regularización a gran escala algunos

⁴ Ver *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo*, COM (2003) 336 final; *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal* COM (2004) 412 final.

años más tarde. La Comisión ha estimado que los procesos de regularización tienen lugar por término medio cada 6,5 años, lo que indica que persiste la inmigración y que se cubren unas ciertas reservas de inmigrantes ilegales.

En concreto, la Comisión ha analizado los resultados del proceso de regularización masiva llevado a cabo en Bélgica en el año 1999. Este proceso permitió al gobierno belga regularizar a aquellos inmigrantes cuya condición médica les impedía repatriarse, a los que habían estado residiendo ilegalmente en Bélgica durante mucho tiempo y estaban bien integrados, y también a los que habían estado esperando una decisión sobre una solicitud de asilo durante más de tres años. Se presentaron más de 37.146 solicitudes de regularización, que implicaban un total de más de 50.000 individuos, y de ellas se aceptaron el 80 por 100. Las primeras evaluaciones del programa de regularización señalaron que los flujos de inmigrantes ilegales aumentaron a raíz de la medida, pues se considera que la medida envió un mensaje erróneo a los potenciales inmigrantes ilegales, en el sentido de que su estancia acabaría tolerándose. El posterior aumento de las solicitudes de reunificación familiar se consideró una consecuencia de la regularización (las solicitudes aumentaron de 2.122 en 1999 a 4.500 en 2003).

De este modo, para la Comisión Europea los programas de regularización no tienen un efecto a largo plazo en la reducción de los niveles de inmigrantes ilegales, sino que pueden servir como factor adicional de incentivo para los mismos, como lo demuestra el caso belga. Además estas medidas a gran escala también tienen implicaciones para otros estados miembros de la Unión Europea debido a la supresión de los controles en las fronteras interiores. Por ello, la Comisión considera necesario desarrollar una política común de regularización basada en el principio de que las medidas de regularización a gran escala deberían evitarse o limitarse a situaciones muy excepcionales. En cualquier caso, se estima conveniente que, teniendo en cuenta las

posibles consecuencias de las regularizaciones en otros Estados miembros, en caso de que un Estado miembro decidiera llevar a cabo un programa de regularización a gran escala, los demás deberían ser informados con mucha antelación. También debería consultarse a los Estados miembros sobre la magnitud de la medida prevista, el número de personas afectadas, los criterios que se utilizarán y el posible impacto en otros Estados miembros. Con esta información mutua y con transparencia, podrían establecerse criterios comunes.

Junto a la posibilidad de establecer regularizaciones en situaciones excepcionales –que no se menciona cuáles pueden ser–, la Comisión propone como medida para luchar contra la inmigración ilegal, el desarrollo de una política comunitaria de repatriación. A su entender, en el contexto de una política de inmigración gestionada, el único enfoque coherente para abordar el problema de los residentes ilegales es garantizar la vuelta a su país de origen. Sin embargo, esta postura de la Comisión Europea no es compartida por el Comité Económico y Social Europeo que considera un error plantear que el retorno obligatorio puede ser la respuesta principal a los residentes sin papeles que se encuentran en la Unión Europea. En este sentido, considera que es necesaria una política global que incluya tanto actuaciones de retorno como de regularización, pues si la política de retorno no viene acompañada de medidas de regularización, seguirá manteniéndose la dimensión actual de la población que se encuentra en situación irregular, con lo que supone de fomento de la economía sumergida, la explotación laboral y la exclusión social⁵.

⁵ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones al «Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal»*, DOUE Serie C nº 157 de 28 de junio de 2005. Esta opinión ya había sido mantenida por el Comité Económico y Social Europeo en su «*Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*», DOUE Serie C nº 149 de 21 de junio de 2002.

Para el Comité Económico y Social Europeo es conveniente regularizar a los inmigrantes irregulares, pero bajo determinadas condiciones de arraigo social y laboral⁶. En efecto, se habla de regularización en general para hacer referencia a los procedimientos extraordinarios aprobados por los Estados para que los inmigrantes que han entrado de un modo irregular en el país y que carecen, por tanto, de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, legalicen su situación mediante la concesión, en la mayoría de los casos, de permisos temporales renovables si se cumplen determinadas condiciones, lo que significa que podrán volver a encontrarse en situación irregular si dejan de cumplir las condiciones del permiso. Sin embargo, los requisitos exigidos por los gobiernos para proceder a la regularización extraordinaria de inmigrantes irregulares varían de unos procesos a otros. Así, en unos casos basta con acreditar la residencia en el país que aprueba el correspondiente proceso de regularización con anterioridad a una determinada fecha, mientras que en otros se exige una cierta integración en el país, que se debe acreditar a través de diferentes elementos como por ejemplo, el hecho de tener una oferta de trabajo o incluso estar trabajando, pues no debemos olvidar que muchas de las personas afectadas por el empleo irregular o no declarado son los inmigrantes irregulares. La práctica ha demostrado que cuanto más conectados estén los requisitos exigidos a la situación de arraigo, especialmente laboral, del trabajador, mayor éxito tendrá el proceso de regularización, de ahí que el Comité Económico y Social Europeo vincule la regularización a dichas situaciones.

Como ha afirmado el Comité Económico y Social de España, siguiendo la postura man-

⁶ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal*, DOUE Serie C n.º 149 de 21 de junio de 2002.

tenida por la OCDE, «el potencial efecto de atracción de nuevos flujos que pueden tener las regularizaciones no depende tanto de este mecanismo en sí como de la manera en que se lleve a cabo. En este sentido, cuanto menos relacionados estén los requisitos de la regularización con la realidad del mercado de trabajo mayor es el riesgo de incurrir en el futuro en la exclusión de los beneficiarios de estos procesos»⁷. La concesión de permisos temporales de residencia y trabajo en los procesos de regularización obliga a sus beneficiarios a renovarlos transcurrido el período de concesión. Su renovación suele estar vinculada a la existencia de un contrato de trabajo, lo que dificulta esta renovación y produce la vuelta a la irregularidad de gran parte de sus beneficiarios. Por el contrario, si para la concesión inicial de ese permiso temporal se exige la existencia de un contrato de trabajo es más fácil que una vez que llegue el momento de la renovación, y se exija de nuevo este requisito, los trabajadores estén en condiciones de acreditarlo. Además el vincular la concesión de los permisos en los procesos de regularización a la existencia de un contrato de trabajo permite alejar a los inmigrantes de una situación de exclusión social.

En conclusión, puede afirmarse que aun cuando no existe un pronunciamiento expreso de la Unión Europea acerca de los procesos de regularización, la idea general que parece dominar entre las distintas instituciones de la Unión es la de que los procesos de regularización extraordinaria de trabajadores inmigrantes ilegales son necesarios en muchos casos, pues no es aceptable que los Estados permitan la residencia ilegal indefinida de un gran número de nacionales de países terceros. Ahora bien, y dado que los procesos de regularización que se realicen en un Estado miembro van a afectar al resto debido a la supresión de los controles en las fronteras interiores, sería beneficioso que la Unión

⁷ Informe 2/2004, de 28 de abril, *La inmigración y el mercado de trabajo en España*.

Europea fijara unas reglas comunes acerca de las condiciones y requisitos a exigir a los posibles beneficiarios. Entre las condiciones a exigir para proceder a la regularización, debería requerirse un cierto arraigo social y, sobre todo, laboral de los inmigrantes irregulares.

LOS PROCESOS DE REGULARIZACIÓN EN ESPAÑA

En nuestro país, desde la entrada en vigor de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, han tenido lugar seis procesos de regularización extraordinaria, el último de ellos en el año 2005. Este último proceso, por sus diferencias con los procesos de regularización anteriores y por su mayor proximidad será objeto de estudio específico en el siguiente apartado.

La disposición transitoria 2.^a de la LO 7/1985, estableció la posibilidad de que los extranjeros que se encontraran en España «insuficientemente documentados», en la fecha de entrada en vigor de la Ley, regularizaran su situación siempre que los extranjeros o los empleadores, en su caso, así lo solicitaran presentando la documentación necesaria dentro del plazo de tres meses a contar desde la indicada fecha. La Orden de 30 de enero de 1986 amplió, hasta el 31 de marzo de 1986, el plazo de presentación de solicitudes. Según datos del Ministerio del Interior, 38.181 extranjeros regularizaron su situación en este proceso.

En diciembre de 1990 el Gobierno presentó al Congreso de los Diputados una Comunicación sobre «La situación de los extranjeros en España. Líneas básicas de la política española de extranjería». En esta Comunicación el gobierno manifestaba su decisión de «buscar soluciones eficaces para que aflore a la superficie la bolsa de marginación constituida por los extranjeros ilegales, articulando cuando sea posible medidas que propicien la

legalización de determinados colectivos de inmigrantes en situación ilegal que puedan justificar su inserción en la comunidad nacional». Asimismo, el Congreso de los Diputados, en la proposición no de ley adoptada el 9 de abril de 1991, instó al gobierno a «adoptar las medidas necesarias para completar el proceso de regularización realizado en 1985 al tiempo que se propicia la afloración y legalización de los colectivos de extranjeros que trabajan en situación irregular llegados con posterioridad a nuestro país y que puedan demostrar su inserción y arraigo». Con estos antecedentes, el gobierno aprueba por Resolución de 7 de junio de 1991 (BOE 8 junio 1991) un nuevo proceso de regularización. A este proceso de regularización pudieron acceder los trabajadores extranjeros que acreditaran su presencia en España antes del 24 de julio de 1985 y permanencia habitual desde dicha fecha, o que acreditaran su presencia en España antes del 15 de mayo de 1991 y permanencia habitual desde entonces, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: haber sido en el pasado titular de un permiso de trabajo y residencia, realizar o haber realizado en España una actividad lucrativa continuada, o contar con una oferta firme de empleo regular y estable, o con proyecto permanente y viable de explotación o desarrollo de actividad por cuenta propia. Los extranjeros irregulares que pudieran acreditar alguna de las circunstancias señaladas obtuvieron los correspondientes permisos de trabajo y residencia. Las solicitudes pudieron presentarse entre el 10 de junio y el 10 de diciembre de 1991. Fueron presentadas 135.393 solicitudes, que dieron lugar a 109.068 permisos de trabajo y residencia (datos facilitados por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, MTAS).

La entrada en vigor del RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, supuso la aprobación de un nuevo proceso de regularización. El proceso de documentación de extranjeros en situación irregular previsto en

la disposición transitoria tercera del RD 155/1996, fue desarrollado por Resolución de 15 de abril de 1996 (BOE 17 abril 1996). Este proceso de regularización afectó a los extranjeros en situación irregular que se encontraran en España antes de 1 de enero de 1996 y hubieran sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o un permiso de residencia con posterioridad a la entrada en vigor del RD 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó el anterior Reglamento de ejecución de la LO 7/1985. También pudieron beneficiarse de este procedimiento los familiares de los extranjeros que reunieron los dos requisitos señalados. El solicitante de un permiso de trabajo y residencia a través de este proceso de regularización debía presentar una oferta de trabajo o declaración de actividad o actividades en las que tenía previsto trabajar. El solicitante de un permiso de residencia únicamente debía acreditar medios de vida suficientes para el período de residencia solicitado y tener cubierta la asistencia sanitaria. Las solicitudes pudieron presentarse entre el 23 de abril de 1996 y el 23 de agosto de 1996. Se tramitaron 25.388 solicitudes (datos facilitados por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, MTAS).

La aprobación de un nuevo régimen de la extranjería en España con la publicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tiene como consecuencia la aprobación de un nuevo procedimiento de regularización. La disposición transitoria primera de dicha Ley determina que el gobierno establecerá, mediante Real Decreto, el procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y que acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los tres últimos años. Mediante el RD 239/2000, de 18 de febrero, se da cumplimiento al mandato derivado de la referida disposición transitoria y se amplía el procedimiento de regularización a otros grupos de extranje-

ros, tales como solicitantes de asilo hasta el 1 de febrero de 2000 cuya petición haya sido desestimada, o familiares de otros extranjeros que también se acogen al proceso de regularización, y familiares de residentes extranjeros o españoles. En este proceso, para obtener el permiso de trabajo y residencia bastaba con presentar copia del permiso de trabajo y residencia o copia del permiso de residencia del que, en algún momento anterior al 31 de marzo de 2000, los extranjeros en situación irregular hubieran sido titulares, o copia de la solicitud de permiso de trabajo y residencia o copia de la solicitud de permiso de residencia presentada antes del 31 de marzo de 2000 y que les fue denegada. No era necesario, por tanto, contar con una oferta de trabajo en el momento de la solicitud para obtener el permiso de trabajo y de residencia inicial sin ningún tipo de restricciones de tipo geográfico, sectorial o profesional. Este proceso de regularización extraordinaria tuvo lugar entre el 21 de marzo y el 31 de julio de 2000. Se presentaron 247.598 solicitudes y se concedieron 153.465 permisos de trabajo y residencia (datos facilitados por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, MTAS).

La reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, supone el inicio de un nuevo proceso de regularización. En efecto, según la disposición transitoria cuarta de la LO 8/2000, el gobierno establecerá mediante Real Decreto los requisitos que permitan, sin necesidad de presentar nueva documentación, la regularización de los extranjeros que se encuentren en España y que habiendo presentado solicitud de regularización, al amparo de lo previsto en el RD 239/2000, hayan visto denegada la misma exclusivamente por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999. En cumplimiento de este mandato se dicta el RD 142/2001, de 16 de febrero (BOE 20 febrero 2001), que regula un procedimiento de reexamen de las solicitudes denegadas. De este modo, pudieron ser documentados con un permiso de trabajo y resi-

dencia los extranjeros que cumplieran los siguientes requisitos:

- Haber presentado solicitud de regularización en aplicación del procedimiento establecido mediante el RD 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros previsto en la disposición transitoria primera de la LO 4/2000.
- Haber sido objeto, en el procedimiento incoado en virtud de dicha solicitud, de denegación por el motivo exclusivo de no haber acreditado el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.
- Encontrarse en España a la entrada en vigor del RD 142/2001, de 16 de febrero, es decir, el 2 de marzo de 2001.
- Acreditar el cumplimiento de los demás requisitos exigidos en el RD 239/2000, a saber, haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o haber sido titular de un permiso de residencia o trabajo en los tres últimos años.

En este caso, los trabajadores extranjeros no tuvieron que presentar ninguna documentación sino que los órganos administrativos competentes procedieron de oficio a reexaminar todas las solicitudes denegadas, en el anterior proceso de regularización, por incumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.

Como puede comprobarse, en los procedimientos de regularización llevados a cabo en España entre los años 1985 y 2001 ha existido una clara desconexión entre los requisitos exigidos y la situación laboral del extranjero irregular. Así, en todos ellos, con la excepción del proceso de regularización de 1996, se ha procedido a la concesión del permiso de trabajo correspondiente con independencia de si el extranjero irregular contaba con una oferta de trabajo. En el proceso de regularización de 1996 se exigió dicha oferta para la concesión

del permiso de trabajo, sin embargo la oferta de trabajo podía no llegar a materializarse en un contrato de trabajo pues no se exigía ninguna prueba posterior de su existencia; bastaba con acreditar que en el momento de la solicitud se contaba con una oferta firme de empleo sin ningún otro requisito adicional, de manera que la oferta de empleo no era vinculante para los empresarios.

Junto a los procesos de regularización señalados, debe tenerse en cuenta que el sistema del contingente hasta el año 2000 fue utilizado como procedimiento encubierto de regularización. En este sentido, no sólo la doctrina⁸, sino el propio Consejo Económico y Social ha señalado que durante los años 1993 y 1999, «la fijación de un ‘cupó’ de trabajadores extranjeros para cubrir las demandas no atendidas por el mercado nacional, acreditadas mediante ofertas de empleo no vinculantes, representó en la práctica una vía para la normalización de relaciones laborales preexistentes, objetivo reconocido incluso explícitamente en los Acuerdos que aprobaban el contingente anual, que facilitaban su cumplimiento mediante diversas disposiciones, conteniendo mecanismos para la exención de visado o la posibilidad de solicitarlo desde el país de origen mediante representante legal»⁹. De este modo, fueron muchas las situaciones de irregularidad que pudieron acceder a autorizaciones administrativas por esta vía. A partir de la entrada en vigor de la LO 4/2000, de 11 de enero, y del RD 864/2001, las características del sistema del contingente cambian. El contingente pasa a basarse en la oferta de puestos de trabajo concretos y vinculados a la firma de un contrato de traba-

⁸ Ver, M. ALONSO OLEA: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001, pág. 41; M. T. IGARTUA MIRÓ: «Los extranjeros y el acceso al trabajo en la LO 4/2000», en *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Ed. Laborum, Murcia, 2001, pág. 414.

⁹ Informe CES 2/2004, de 28 de abril, *La inmigración y el mercado del trabajo*, pág. 94.

jo en el país de origen, de manera que se trata de garantizar la contratación de trabajadores extranjeros que no se hallen en España. En esta misma línea, el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, ha tratado, como señala en su Exposición de Motivos, de aumentar las prevenciones para evitar que los instrumentos legales se utilicen en fraude de ley, «de manera que los procedimientos destinados a la canalización de la inmigración legal, como el régimen de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena o el contingente, no puedan ser utilizados como mecanismo de regularización encubierta de personas que se hallan en España en situación irregular».

EL PROCESO DE REGULARIZACIÓN DEL AÑO 2005

Ante la elevada cifra de extranjeros que se hallan en territorio español en situación irregular y coincidiendo, como en anteriores ocasiones, con la aprobación de una nueva reforma en materia de extranjería, en el año 2005 ha tenido lugar el último, hasta la fecha, proceso de regularización extraordinaria en nuestro país. En efecto, la disposición transitoria tercera del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha aprobado un nuevo proceso, al que se le ha denominado en esta ocasión de normalización en lugar de regularización, que se caracteriza por vincular la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo a la existencia de una futura relación laboral. Así, para garantizar que este proceso se ciñe a quienes tengan vinculación real y comprobable con el mercado de trabajo, se ha exigido, como regla general, que sean los propios empresarios, y no los trabajadores extranjeros en situación irregular como ha sucedido en los anteriores procesos de regularización, los que presenten la solici-

tud de autorización y los que presenten el contrato de trabajo que les vinculará con el extranjero cuya regularización se pretende. El planteamiento es, por tanto, completamente diferente a los procesos de regularización anteriores donde, como hemos señalado, la existencia o no de una futura relación laboral no fue un requisito necesario para la concesión de los correspondientes permisos de trabajo. De este modo, se ha pretendido que exista una clara vinculación entre este proceso de regularización y la situación del mercado de trabajo, de tal manera que no se busca una solución temporal que probablemente supondrá la vuelta a la irregularidad en el momento de solicitar la renovación de las autorizaciones concedidas, sino que lo que se pretende es conseguir una situación lo más similar posible a la de los trabajadores extranjeros que entran de un modo regular en territorio español, al exigir la existencia de un contrato de trabajo.

Durante un período de tres meses, entre el 7 de febrero y el 7 de mayo de 2005, los empresarios que pretendan contratar a trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro país han podido solicitar que se les otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones (ver, Orden PRE 140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del RD 2393/2004, de 30 de diciembre):

- Que el trabajador figure empadronado en un municipio español antes del 7 de agosto de 2004 y se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud. El legislador ha optado por el sistema de empadronamiento para dar fe de la entrada y permanencia de inmigrantes en España. Este requisito se ha convertido al finalizar este proceso de regularización en uno de los más polémicos. En este sentido, debe recordarse que la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de

reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, permitió el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en España. Con esta medida, lógicamente, se desincentivó el empadronamiento, y la exigencia de este requisito para acreditar la estancia en España antes del 7 de agosto de 2004 ha provocado que muchos extranjeros no pudieran acceder al proceso de regularización. Por este motivo, poco antes de su finalización el gobierno modificó este requisito y admitió junto al empadronamiento el denominado empadronamiento por omisión. En virtud de esta figura, se trata de que los trabajadores extranjeros que no estuvieran empadronados en ningún municipio español con anterioridad al 7 de agosto de 2004, puedan acreditar que se encontraban en España antes de dicha fecha pero que no solicitaron su empadronamiento. Para ello los trabajadores extranjeros han debido aportar algún documento que justifique su residencia en España antes de dicha fecha y solicitar del Ayuntamiento correspondiente que les empadrone con efectos retroactivos, a los solos efectos del proceso de normalización, en una fecha anterior al 7 de agosto de 2004¹⁰.

¹⁰ Según Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad (BOE de 16 de abril de 2005), los documentos públicos que se tendrán en cuenta para acreditar la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 serán los siguientes: copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada, debidamente registrada en el municipio; tarjeta de asistencia

- Que el empresario haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada. La duración del contrato debe ser como mínimo de seis meses, salvo en el sector agrario en el que el período mínimo será de tres meses. En los sectores de la construcción y la hostelería la duración mínima de seis meses podrá llevarse a cabo dentro de un período máximo de doce meses. Quedan, por tanto, al margen de este procedimiento los trabajadores por cuenta propia en situación irregular. Por su parte, los extranjeros que pretenden desarrollar su actividad en el ámbito del servicio doméstico, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un titular de hogar familiar han podido también solicitar la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo siempre y cuando presen servicios exclusivamente domésticos para más de un cabeza de familia, titular de hogar familiar, o grupo de personas que, sin constituir familia, convivan en el mismo hogar familiar, con carácter parcial o discontinuo, y cuya duración no sea inferior a 30 horas de trabajo efectivo a la semana, en cómputo global, realizadas durante, al menos, 12 días en el mes.
- Que las empresas solicitantes estén inscritas en el correspondiente régimen del

sanitaria de un servicio público de salud en la que conste la fecha del alta, o en su caso, certificación en la que conste la fecha de antigüedad del alta; copia de la solicitud de escolarización de menores, debidamente registrada; copia de la solicitud debidamente registrada, certificación del informe de los Servicios Sociales o notificación de la resolución de percepción de ayudas sociales; documento de alta laboral o certificación de la misma expedida por la Seguridad Social; copia de la solicitud de asilo debidamente registrada; notificación de resoluciones derivadas de la normativa de extranjería emitidas por el Ministerio del Interior.

Sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de las cuotas exigibles por la Seguridad Social.

- Que las condiciones del contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.
- Que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.
- Que el trabajador extranjero carezca de antecedente penales tanto en España como en los países en los que hubiera residido en los últimos cinco años anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento jurídico español.
- Que el trabajador extranjero no tenga prohibida su entrada en España.

Presentada la documentación correspondiente por el empresario, los Delegados del gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, o, en su caso, los Subdelegados del gobierno en las provincias, han resuelto las solicitudes. Al vincularse la concesión de la autorización de residencia y trabajo a la existencia de un contrato de trabajo, si la solicitud se resuelve favorablemente dicha autorización queda condicionada a que en el plazo de un mes desde que tiene lugar la notificación, se produzca la afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social. Una vez cumplida la condición de afiliación y/o alta del trabajador extranjero en la Seguridad Social, la autorización de residencia y trabajo comenzará su período de vigencia, que será de un año. Si transcurrido el plazo de un mes desde la notificación el empresario no ha dado de alta en la Seguridad Social al trabajador extranjero, la autorización quedará sin efecto. De este modo, el alta en la Seguridad Social se convierte en el medio probato-

rio de que el contrato de trabajo efectivamente se ha celebrado cumpliendo los requisitos legalmente exigidos.

Para aquellos supuestos en los que resuelta favorablemente la solicitud el empresario no procede a dar de alta al trabajador en el plazo de un mes, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ha previsto la posibilidad de que el trabajador extranjero aporte en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente al que ha quedado agotado el período para dar de alta, un nuevo contrato de trabajo. Así, aportado al expediente el desistimiento formal de la empresa o empleador, o constatada la imposibilidad de que el alta se materialice por desaparición del solicitante o causas de fuerza mayor, el trabajador interesado podrá solicitar la continuación del expediente aportando un nuevo contrato de trabajo con empresa o empleador distinto. En el mismo sentido, cuando el expediente hubiera sido denegado exclusivamente por la existencia de deudas de la empresa o empleador con la Seguridad Social o Hacienda, la aportación de nuevo contrato de trabajo con empresa o empleador distinto podrá realizarse por el trabajador interesado en fase de recurso.

El total de solicitudes presentadas en este proceso de regularización ha sido de 691.655, lo que pone de manifiesto el elevado número de trabajadores extranjeros irregulares que existen en nuestro territorio. Según los últimos datos presentados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sobre el balance del proceso de normalización de trabajadores extranjeros, con fecha 30 de diciembre de 2005 se habían resuelto 688.419 solicitudes. De ellas el 83,27 por 100, es decir, 575.941 solicitudes han sido resueltas favorablemente. En esa misma fecha el número de extranjeros con autorización concedida y alta posterior en la Seguridad Social era de 550.136. Hay un desfase, por tanto, de 25.805 trabajadores extranjeros a los que se les ha notificado la resolución favorable de su expediente pero que no han sido dados de alta en la Segu-

ridad Social. Por provincias el mayor número de solicitudes se ha presentado en Madrid (171.321), seguida de Barcelona (101.504), Valencia (46.965), Murcia (43.732), Alicante (43.710) y Almería (30.396). Por sectores de actividad el mayor número de solicitudes se ha presentado en el servicio doméstico, seguido del sector de la construcción, la agricultura y la hostelería. Así, del total de trabajadores extranjeros con autorización concedida y posterior alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social, el 33,42% pertenecen al servicio doméstico, el 21,19% al sector de la construcción, el 14,16% al sector agrícola y el 10,77% al sector de la hostelería. De los 550.136 trabajadores que a fecha 30 de diciembre de 2005 habían sido dados de alta en la Seguridad Social, 122.636 proceden de Ecuador, 95.993 de Rumania, 64.697 de Marruecos y 48.355 de Colombia. El reparto de las autorizaciones concedidas por nacionalidades responde al reparto por sectores de actividad, pues una gran mayoría de los extranjeros procedentes de Ecuador prestan servicio en el sector doméstico, mientras que los extranjeros procedentes de Rumania lo hacen en el sector de la construcción.

Como puede comprobarse, las diferencias entre este proceso de regularización y los desarrollados hasta la fecha en España son significativas al exigirse la existencia de un contrato de trabajo y el alta en la Seguridad Social. Ahora bien, transcurrido un año desde la finalización de este proceso de regularización podrá hablarse del éxito o no del mismo, pues en ese momento podrá comprobarse cuántas de las autorizaciones de residencia y trabajo concedidas vuelven a ser renovadas. Cuanto mayor sea el número de autorizaciones no renovadas mayor será el número de extranjeros que vuelven a la situación de irregularidad, lo que demostrará, o bien que sus servicios ya no son necesarios para las empresas que en su momento les contrataron o para otras del mismo sector, o bien que las empresas no quieren cumplir con sus obligaciones legales y prefieren ahorrarse los costes labo-

rales y de Seguridad Social acudiendo de nuevo a la contratación irregular. Si, por el contrario, la gran mayoría obtienen la renovación de sus autorizaciones, el proceso de regularización habrá cumplido en gran medida su finalidad, que no es otra que la de disminuir el número de inmigrantes irregulares dotando de las autorizaciones administrativas legalmente necesarias para residir y trabajar en España. Finalizado el proceso de regularización, sólo una utilización correcta de los procedimientos establecidos legalmente para canalizar los flujos migratorios y una política gubernamental que trate de sacar a la luz la economía sumergida existente podrá evitar que el número de trabajadores irregulares continúe en aumento.

Por lo que se refiere al denominado «efecto llamada» que tienen los procesos de regularización, a nuestro juicio, no hay duda de que todos ellos lo tienen, independientemente de los requisitos que se exijan, pues los trabajadores extranjeros que no se encuentran en nuestro país desconocen los requisitos exactos exigidos por la normativa correspondiente y únicamente tienen noticia de los datos más llamativos de la norma o del simple hecho de que se está procediendo a la legalización de extranjeros irregulares. Este es un aspecto difícil de controlar y que debe ser valorado a la hora de abrirse un nuevo proceso de regularización.

EL ARRAIGO LABORAL Y SOCIAL

Junto a los procesos de regularización extraordinaria, el legislador ha considerado necesario articular un procedimiento permanente que permita dar respuesta a situaciones individuales de irregularidad. En este sentido, el art. 31 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, estableció la posibilidad de otorgar un permiso de residencia temporal a los extranjeros que acrediten su situación de arraigo en España. Este precepto, en sus

apartados 3 y 4, contempló la posibilidad de otorgar un permiso de residencia temporal:

- a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar;
- a los extranjeros que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años;
- y, a los extranjeros en los que concurran razones humanitarias o circunstancias excepcionales y a los que acrediten una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente.

Era, por tanto, necesario un desarrollo reglamentario para determinar qué requisitos debían cumplirse para que los extranjeros que se encontraran en España en situación irregular pudieran obtener un permiso de residencia temporal por arraigo. Por ello, hasta que se aprobó el Reglamento correspondiente, por RD 864/2001, de 20 de julio, se entendió que acreditaban una situación de arraigo aquellos extranjeros que se encontraran en España antes del 23 de enero de 2001 y probaran su incorporación al mercado de trabajo o la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles. Se produjo así, en realidad, un nuevo proceso de regularización al margen de la ley, o de documentación por arraigo, fruto de los denominados «acuerdos de regularización» entre la Delegación o Subdelegación del Gobierno respectiva, y Asociaciones, ONG y coordinadoras de asociaciones de inmigrantes en Barcelona, Murcia, Almería, Huelva y Valencia, que tuvieron como finalidad acabar con la fuerte presión social de diversos colectivos de inmigrantes que reclamaban la extensión del proceso de regularización del año 2000 a todas aquellas personas que se encontraran en España en el momento de la entrada en vigor de la LO 4/2000. Estos «acuerdos de regularización» provocaron manifiestas discriminaciones entre los extranjeros en situación irregular dependiendo de la provincia en la que estuvieran residiendo, de ahí que el

Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, comunicara, a instancia del Delegado del gobierno para la Extranjería y la Inmigración, a los Delegados y Subdelegados del gobierno, «Instrucciones respecto a la posibilidad de otorgar un permiso de residencia temporal a un extranjero cuando acreditara una situación de arraigo en España a tenor de lo previsto en el art. 31.4 de la LO 4/2000, reformada»¹¹. Sobre la base de estas Instrucciones se admitieron a trámite las peticiones de los extranjeros que se encontraran en España y cumplieran los requisitos anteriormente señalados¹². A través de este procedimiento fueron concedidas 184.016 autorizaciones de residencia y trabajo (datos facilitados por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, MTAS).

El RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, precisó los requisitos para la concesión del permiso de residencia temporal por arraigo (art. 41.2):

- permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años;
- incorporación real al mercado de trabajo (que debía acreditarse, según Instrucciones de la Delegación del Gobierno para la extranjería, mediante la presentación de una oferta de empleo, que debía ser contrastada en cuanto a su veracidad y efectividad por la Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales) o existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.

¹¹ Ver, P. CHARRO BAENA: «Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre», *Tribuna Social*, nº 133, 2002, pág. 40.

¹² Ver, Ministerio del Interior, Delegación del Gobierno para la extranjería y la inmigración: Nota informativa sobre el permiso de residencia temporal a un extranjero cuando se acredite una situación de arraigo en España, Madrid, junio, 2001.

Asimismo, siguiendo lo dispuesto en el art. 31.3 de la LO 4/2000, el RD 864/2001 reconoció la posibilidad de obtener un permiso de residencia temporal a los extranjeros que hubieran tenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar habiendo permanecido de forma continuada en territorio español sin permiso de residencia durante los dos años anteriores y a los que acreditaran un permanencia continuada, sin permiso de residencia, en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Sin embargo, la LO 14/2003, de 20 de noviembre, por la que se modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, ha suprimido estos dos supuestos, pero ha mantenido la posibilidad de obtener un permiso de residencia temporal por razones de arraigo en los términos que se determinen reglamentariamente. Esos términos, hasta la aprobación del nuevo Reglamento de la LO 4/2000, se ha entendido que eran los fijados en el RD 864/2001.

La aprobación del nuevo Reglamento de la LO 4/2000, por RD 2393/2004, ha supuesto la introducción de importantes cambios en esta materia, fundamentalmente en lo que se refiere a los requisitos exigidos para acreditar la incorporación real del extranjero que se encuentra en España al mercado de trabajo.

En efecto, de conformidad con el art. 45 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, son tres los supuestos en los que se podrá conceder, previa solicitud por parte del extranjero inmigrante, una autorización de residencia temporal por razones de arraigo:

- El primer supuesto es calificado, por el propio Reglamento, como de arraigo laboral. Así, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. Esta figura ha entrado en vigor el 7 de agosto de 2005,

pues para evitar distorsiones en el proceso de regularización o normalización extraordinaria la disposición transitoria tercera del Reglamento ha previsto su entrada en vigor seis meses después de la entrada en vigor del propio Reglamento.

- El segundo supuesto ha sido calificado en la práctica como de arraigo social. Así, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tengan su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.
- El tercer y último supuesto puede ser calificado como de arraigo familiar, pues se podrá conceder una autorización de residencia temporal cuando se trate de hijos de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.

La concesión de la autorización de residencia temporal por razones de arraigo, en los tres supuestos señalados, lleva aparejada una autorización de trabajo durante la vigencia de aquélla (art. 45.7 RD 2393/2004). En el supuesto de arraigo social la concesión de la autorización de trabajo es coherente, a nuestro juicio, con los requisitos exigidos por la norma pues, como hemos señalado, es necesario contar con un contrato de trabajo con una duración mínima de un año, cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en

vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada. Dado que este requisito es imprescindible, el art. 46.7 del RD 2393/2004, señala que la eficacia de la autorización concedida en el supuesto de arraigo social estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. No basta, por tanto, la existencia de una mera oferta de trabajo que podrá o no hacerse efectiva, sino que es necesaria la prueba de que el contrato se ha celebrado efectivamente y de conformidad con la legalidad vigente, y esa prueba no es otra que la afiliación y alta en la Seguridad Social. Sin embargo, en el supuesto de arraigo laboral y de arraigo familiar no es necesaria la existencia de un contrato de trabajo y, a pesar de ello, si se cumplen los requisitos señalados anteriormente, se otorgará la autorización de trabajo correspondiente. La concesión de la autorización de trabajo en estos supuestos no parece responder al espíritu del nuevo Reglamento de Extranjería, que no es otro que el de vincular la concesión de la autorización de trabajo a la existencia efectiva de un contrato de trabajo que se acredita a través de la afiliación y alta en la Seguridad Social. Así, en el arraigo laboral el extranjero tendrá que acreditar que ha tenido relaciones laborales en España de duración superior a un año, pero no es requisito obligatorio el tener una relación laboral en el momento de la solicitud. Por su parte, en el arraigo familiar no se exige otro requisito que el de ser hijo de padre o madre originariamente español independientemente de si el extranjero cuenta con una oferta efectiva de trabajo.

El arraigo laboral y el arraigo social plantean en la práctica el problema de cómo acreditar los requisitos exigidos por la norma. En el supuesto de arraigo laboral, el art. 46.2 del RD 2393/2004, señala cuáles son los medios a través de los cuales se puede acreditar la relación o relaciones laborales mantenidas y su duración. Debe tenerse en cuenta que en el

arraigo laboral «no se está pensando en una relación laboral de futuro sino de pasado, es decir, lo que posibilita la concesión de una autorización de residencia temporal es que el inmigrante haya trabajado de forma irregular durante un tiempo (un año) y que dicha irregularidad pueda ser probada»¹³. Los medios de prueba son dos:

- Resolución judicial que reconozca la relación laboral (no se admite la conciliación administrativa o judicial que podría dar lugar a fraudes). Aunque la norma no lo especifica, entendemos que dicha resolución debe ser firme. Para contar con una resolución judicial será necesario que el trabajador demande a su empresario, bien por despido, o bien por salarios debidos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la relación laboral entre un empresario y un trabajador extranjero en situación irregular es válida¹⁴ y, en consecuencia, el inmigrante irregular podrá acceder a la jurisdicción en reclamación de sus derechos laborales o de Seguridad Social. Como la norma habla en plural de relaciones laborales de duración no inferior a un año, será necesario presentar, en el caso de que hayan existido varias, una resolución judicial por cada una de las relaciones mantenidas, de manera que la suma de todas ellas sea al menos igual a un año.
- Resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite la relación laboral. De conformidad con el RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Regla-

¹³ 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», op.cit, pág. 128.

¹⁴ Ver, por todos, J. MARÍN MARÍN y F. GALLEGO MOYA: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005.

mento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, el procedimiento sancionador se inicia, de oficio o por denuncia del trabajador, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la que se hará constar, entre otros datos, la infracción o infracciones presuntamente cometidas y la propuesta de sanción. El acta de infracción será notificada al presunto sujeto o sujetos responsables, que podrán formular las alegaciones que estimen oportunas en el plazo de quince días desde su notificación. Si no se formaliza escrito de alegaciones, continuará la tramitación del procedimiento hasta dictar la resolución que corresponda, cumplimentándose, con carácter previo, el trámite de audiencia a favor del presunto responsable. Si se formulan alegaciones en plazo contra el acta de infracción, el órgano competente podrá recabar informe ampliatorio del inspector o subinspector que practicó el acta. Terminada la instrucción y antes de dictar resolución, si se hubiesen formulado alegaciones el órgano competente para resolver el expediente (Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en la Comunidades Autónomas uniprovinciales) dará audiencia al supuesto responsable. Finalizada la tramitación del expediente el órgano competente dictará la resolución motivada que proceda. Es esta resolución administrativa la que debe aportar el trabajador extranjero en situación irregular para acreditar la relación laboral que ha mantenido, o mantiene, en España. Esta resolución pone fin a la vía administrativa tal y como establece la disposición adicional décima del RD 2393/2004.

Al exigirse la presentación de una resolución judicial o una resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Ins-

pección de Trabajo y Seguridad Social para acreditar la existencia de relaciones laborales en España de duración no inferior a un año, será necesario que el trabajador extranjero irregular denuncie a su empresario por trabajar o haber estado trabajando de forma ilegal o le demande judicialmente por despido o falta de abono de salarios. De este modo, puede afirmarse que el arraigo laboral quiere ser utilizado por el legislador «como punto de apoyo a la sujeción de la bolsa de irregulares existentes y como medio para aflorar la economía sumergida»¹⁵. Ahora bien, el problema práctico que esta figura plantea, una vez vencido el temor que los trabajadores extranjeros irregulares tengan a denunciar a su empresario por la posible pérdida de su empleo o el miedo a ser expulsados del territorio español, es la prueba de la duración de la relación laboral. En efecto, no sólo es necesario acreditar que ha existido o existe una relación laboral, sino la duración de la misma. Como ha señalado la doctrina, «no hay que olvidar que estamos hablando de trabajadores extranjeros ‘sin papeles’, y, por tanto, sin documento oficial alguno firmado por el empresario (contrato escrito, nóminas de salarios, alta en la Seguridad Social, etc.), de los que pueda valerle el trabajador para demostrar no sólo la existencia de relación laboral sino también que esa relación laboral se ha prolongado en el tiempo». De esta manera, «sólo le queda la prueba testifical, prueba débil y muy devaluada tanto ante los Tribunales del Orden Social como ante la Administración Laboral»¹⁶.

Por lo que se refiere al denominado arraigo social, en los supuestos en los que dicho arraigo se acredite mediante informe municipal de

¹⁵ M. L. RODRÍGUEZ COPÉ: «Aspectos socio-laborales del nuevo Reglamento de extranjería», *Tribuna Social*, nº 170, pág. 25.

¹⁶ D. BENEYTO CALABUIG: *Los trabajadores extranjeros. Análisis y comentario del nuevo Reglamento de extranjería de 30 de diciembre de 2004*, CISS, Valencia, 2005, pág. 35.

inserción social, dicho informe será emitido por el Ayuntamiento en el que el extranjero interesado tenga su domicilio habitual, y en él deberán constar los siguientes datos según Instrucciones aprobadas por la Dirección General de Inmigración:

- el tiempo de permanencia del trabajador extranjero en España y en el correspondiente municipio;
- los medios de vida con los que cuente (lo que se puede acreditar con el compromiso de contratación firmado por el empresario y el solicitante, la certificación o documentación bancaria, las ayudas sociales que perciba, etc.)
- su grado de conocimiento de la lengua o lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma en la que esté ubicada el municipio;
- la inserción del trabajador extranjero en las redes sociales de su entorno;
- los programas educativos o de formación laboral en instituciones públicas o privadas en lo que haya participado o participe el trabajador extranjero o sus familiares directos;
- y, cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo, incluyendo, siempre que sea posible, los referidos a la vivienda en la que tiene su domicilio (superficie y número de personas empadronadas en la vivienda que habita, etc).

Si el informe emitido por el Ayuntamiento tiene carácter positivo, podrá recomendar que se exima al extranjero del requisito de contar con un contrato de trabajo, siempre que éste haya acreditado que cuenta con medios de vida suficientes (art. 46.2 RD 2393/2004). Cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 58 del RD 2393/2004 para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia (con la excepción del requisito establecido en el apartado f), no hallarse irregularmente en

España)¹⁷, el extranjero podrá alegar que los medios de vida derivan de una actividad laboral a desarrollar por cuenta propia. En este caso, se concederá una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia inicial que comenzará su período de vigencia cuando conste la afiliación y alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social. En los casos en que se conceda una autorización de residencia por razones de arraigo al acreditar otros medios de vida, sin necesidad de acreditar la afiliación y alta en la Seguridad Social, las Instrucciones aprobadas por la Dirección General de Inmigración sobre arraigo social, señalan que, en este caso, dicha autorización de residencia no llevará aparejada una autorización de trabajo. No obstante, quien obtenga una autorización de residencia por esta vía podrá presentar una solicitud de autorización de trabajo si acreditase, durante el período de vigencia de dicha autorización de residencia, que cuenta con una oferta firme de empleo.

La autorización de trabajo que lleva aparejada la autorización de residencia por razones

¹⁷ Los requisitos exigidos por el art. 58 RD 2393/2004 para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia son: a) cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; b) poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como la titulación necesaria para las profesiones cuyo ejercicio exija homologación específica y, en su caso, la colegiación cuando así se requiera; c) acreditar que la inversión prevista para la implantación del proyecto sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo, en los términos que se establezcan mediante orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; d) la certificación que demuestre la colegiación, en el caso del ejercicio de actividades profesionales independientes que la exijan; e) la previsión de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes al menos para la manutención y alojamiento del interesado, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad; f) carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

de arraigo social no exigirá la consideración del requisito del art. 50 a) del RD 2393/2004, en relación con la situación nacional de empleo, y con carácter general estará limitada al ámbito geográfico y sector de actividad a que se refiera el contrato de trabajo que aporte el solicitante, salvo que la autoridad competente para su concesión estime la existencia de razones para eliminar esta limitación. Por el contrario, la autorización de trabajo que lleva aparejada la autorización de residencia por razones de arraigo laboral no estará limitada a ámbito geográfico ni a sector de actividad alguno, dado que, como hemos señalado, no se exige la existencia de un contrato de trabajo en el momento de su concesión.

La autorización de residencia y trabajo concedida por razones de arraigo tiene una duración de un año (art. 45.6 RD 2393/2004). Transcurrido ese año podrá solicitarse una modificación en el tipo de autorización, de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales podrá accederse a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. En efecto, cuando la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales se basa en los supuestos de arraigo, los titulares de la autorización no podrán solicitar su renovación sino que podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo, según establece el art. 47.3 RD 2393/2004, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos para su obtención. El art. 98 RD 2393/2004 regula esta situación. Así, en los supuestos de arraigo, en los que, como hemos señalado, el extranjero es autorizado a residir en España y habilitado para trabajar por cuenta ajena, el extranjero deberá presentar por sí mismo la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos previstos en el art. 54 RD 2393/2004. Estos requisitos son los exigidos con carácter general para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena. A nuestro juicio, estos requisitos son plenamen-

te aplicables en los supuestos de arraigo social, en los que se exige la existencia de un contrato de trabajo en el momento de la concesión. Sin embargo, en los supuestos de arraigo laboral y familiar, en los que no se exige contrato de trabajo, resulta necesario adaptar los requisitos señalados en dicho artículo a las características específicas de estos supuestos. Así, al extranjero titular de una autorización de residencia por razones de arraigo social y familiar le será concedida la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena si cuenta con un contrato de trabajo en el momento de la solicitud independientemente de si durante el año de vigencia de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales ha disfrutado de alguna relación laboral. Por el contrario, el extranjero titular de una autorización de residencia por razones de arraigo social podrá obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena si se encuentra en alguna de las siguientes situaciones:

- acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales;
- acredita la realización habitual de la actividad para la que se le concedió la autorización de residencia por circunstancias excepcionales durante un mínimo de seis meses por año, ha suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empresario dentro del ámbito geográfico y sectorial para el que le fue concedida la anterior autorización y figura en situación de alta o asimilada al alta en el momento de la solicitud o dispone de una nueva oferta de trabajo;
- acredita un período de actividad de al menos tres meses por año, la relación laboral que dio lugar a la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, ha buscado activamente empleo y en el momento de

la solicitud tiene un contrato de trabajo en vigor.

La duración de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena será de dos años, pues según establece el art. 98.4 RD 2393/2004, la duración estará en función del tiempo que hayan residido (se entiende legalmente, es decir, un año) previamente en España. Dado que el legislador trata de equiparar este tránsito de la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena a los supuestos de renovación de las

autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, habrá que entender, siguiendo lo dispuesto en el art. 54.7 RD 2393/2004, que la autorización que se conceda permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional.

Por último, el trabajador extranjero titular de una autorización de residencia por razones de arraigo también podrá solicitar, transcurrido su plazo de validez, una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia siempre y cuando cumpla los requisitos señalados en el art. 58 RD 2393/2004¹⁸.

¹⁸ Ver nota anterior.

RESUMEN El presente trabajo analiza los procedimientos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para proceder a la legalización de trabajadores extranjeros que se encuentran en España sin las autorizaciones administrativas correspondientes. Tras analizar cuál es la opinión de las instituciones de la Unión Europea acerca de los procesos de regularización de trabajadores inmigrantes irregulares, se describen los distintos procesos de regularización extraordinaria de extranjeros que se han llevado a cabo en nuestro país, con especial atención al proceso de regularización del año 2005, tanto por su proximidad en el tiempo como por sus diferencias con los procesos anteriores. Junto a los procesos de regularización extraordinaria, el estudio se centra en el análisis del procedimiento de arraigo laboral y social, articulado por el legislador como un procedimiento permanente que permite dar respuesta a situaciones individuales de irregularidad. Este procedimiento introducido por el art. 31 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, ha sufrido importantes modificaciones con la entrada en vigor del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería, modificaciones que son analizadas con detenimiento en este trabajo.