

revista de

**DERECHO
MIGRATORIO Y
EXTRANJERÍA**

editorial

LEX NOVA

REVISTA DE

Derecho Migratorio y Extranjería

Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

María del Carmen Ainaga Vargas CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VERACRUZ (MÉXICO). **Eliseo Aja Fernández** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE BARCELONA. **Pilar Charro Baena** PROFESORA TEU DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS. **Luis Fernández Arévalo** FISCAL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. **Javier Galparsoro García** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VIZCAYA. **Juan L. Ibarra Robles** MAGISTRADO, PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. **Javier de Lucas Martín** CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **Fernando Mariño Menéndez** CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD CARLOS III. **Karen Musalo** ABOGADA Y PROFESORA DEL HASTINGS COLLEGE OF THE LAW. UNIVERSITY OF CALIFORNIA (USA). **Fernando Oliván López** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID. **José Luis Rodríguez Candela** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MÁLAGA. **Eduard Sagarra i Trias** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE BARCELONA. **Francisco Soláns Puyuelo** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VALENCIA. **María Luisa Trinidad García** PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE ALMERÍA.

DIRECTOR (Coordinador)

Pascual Aguelo Navarro

ABOGADO DEL R. E I. COLEGIO DE ZARAGOZA
PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA
DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2004

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
ISSN	1695-3509
DEPÓSITO LEGAL	VA. 922-2002

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] I. De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular
JAVIER PÉREZ MILLA
- [39] II. La Sala 1ª del Tribunal Supremo ya no es competente para conocer del reconocimiento de las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
- [69] III. El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo
IGNACIO CAMÓS VICTORIA

NOTAS Y COLABORACIONES. DOSSIER: ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DE LA LO 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE

- [103] I. La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El Recurso de Inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003, de 20 de noviembre
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [109] II. El acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón (Comentario a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre)
MARÍA DEL MAR PÉREZ VELASCO
- [123] III. Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre
VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ
- [141] IV. Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
- [163] V. Circular informativa acerca de la aplicación de la Reforma de la Ley de Extranjería
CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [167] Índice analítico de voces
 - [167] Asilo
 - [182] Visado
 - [184] Exención de visado
 - [186] Expulsión
 - [195] Permiso de residencia
 - [197] Derecho al trabajo
 - [206] Permiso de trabajo
 - [225] Derecho penal
 - [231] Homologación de títulos
 - [242] Nacionalidad
 - [248] Régimen comunitario
 - [251] Cédula de inscripción

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

- [255] I. Crónica legislativa de un semestre
 - [255] Fuentes internas
 - [256] Fuentes internacionales
- [259] II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas
- [267] III. Los derechos de los trabajadores extranjeros contratados irregularmente: una modificación “con freno y marcha atrás”
PILAR CHARRO BAENA Y PABLO BENLLOCH SANZ

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

- [275] Notas bibliográficas
- [289] I. Centro Europeo de Estudios sobre Flujos Migratorios
MANUEL FERRER MUÑOZ
- [291] II. El novísimo derecho humano de las personas a migrar
PASCUAL AGUELO NAVARRO Y ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [293] III. Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros
ANA RUÍZ LEGAZPI
- [305] IV. Primera promoción de expertos jurídicos sobre migraciones internacionales y extranjería
- [307] V. Jornadas sobre Extranjería

EDITORIAL

El año 2003 finalizó con pesimistas presagios motivados por la aprobación, una vez más, por el procedimiento de urgencia y a punto de agotarse la legislatura, de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Enésima reforma de la Ley de extranjería, que supone la consumación de la contrarreforma de la LO 4/2000 original, y que dispone un régimen administrativo de excepción por razón de la nacionalidad del sujeto administrado.

Las más inmediatas medidas implementadas a su amparo han consistido en el cierre de las ventanillas ordinarias de registro, restricciones en materia de presentación de solicitudes de autorizaciones y visados, un mayor control policial de las personas inmigradas, sistema notarial “Vigía”, Padrón Municipal, transportistas y, en definitiva, la quiebra de los principios básicos del procedimiento administrativo común.

A punto de cerrar este nuevo número de la REDMEX, el inesperado vuelco electoral del 14-M, abre un período de expectativas de recuperación de los principios que inspiraron la LO 4/2000 original, respeto de los Derechos Humanos, en particular de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, y franca apuesta por la normalización del régimen administrativo de los extranjeros instalados en España.

La Ley de reforma 14/2003, aprobada el 20 de noviembre, ordena la elaboración de un Reglamento de desarrollo en el plazo de 6 meses; sin embargo, parecería más adecuado y prudente no proceder a su elaboración precipitada, sino únicamente de aquellos aspectos imprescindibles para su ejecución, por ejemplo, la regulación de la residencia temporal por arraigo, y visados de búsqueda de empleo, la promoción de una normalización generosa para todas aquellas personas que se encuentran ya en España y tienen la posibilidad de trabajar y permanecer pacíficamente entre nosotros, e impulsar la iniciativa legislativa de elaboración de una nueva Ley de extranjería con vocación de permanencia.

El número 5 de la REDMEX, que os presentamos, analiza en el apartado doctrinal tres materias de la máxima actualidad: el estatuto laboral mínimo de los trabajadores migratorios, que se ha visto afectado por la aprobación a finales de diciembre de la denominada Ley de acompañamiento 62/2003, y que es objeto de particular comentario en Crónica Legislativa. Las importantes repercusiones de la Ley 62/2003 han motivado, asimismo, la elaboración del artículo sobre la incompetencia del Tribunal Supremo para conocer del reconocimiento de resoluciones

extranjerías. Por último, parecía preciso incluir un trabajo que abordase las previsiones del nuevo Contingente 2004.

Por su parte, el DOSSIER está protagonizado por los principales aspectos inconstitucionales de la Ley de reforma 14/2003, de 20 de noviembre e incluye algunos de los trabajos que más esencialmente contribuyeron al desarrollo del Dictamen de Inconstitucionalidad de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española. Material, todo él, imprescindible para analizar el contenido del Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco. Finalmente, un interesante artículo resume el estado de la jurisprudencia en relación con la situación de los extranjeros en España.

Los habituales apartados, Crónicas de Jurisprudencia y Legislativa, completan el contenido de la REDMEX, que incluye, además, una amplia Sección de Notas Bibliográficas, Colaboraciones y Convocatorias.

Sólo nos resta desear una provechosa y expectante lectura de la REDMEX.

Artículos

JAVIER PÉREZ MILLA
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza
(perezj@unizar.es)

I De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular*

RESUMEN

DE UN *STATUS* LABORAL MÍNIMO PARA SITUACIONES DE MIGRACIÓN IRREGULAR

La migración laboral irregular es consecuencia de la globalización y crea ventajas competitivas en los costes de producción. Desde un punto de vista económico parecería conveniente mantener en España a un millón de personas (según datos aproximados) en esta situación; pero no es ésta la *policy* de la legislación española de extranjería. La clave en la que se apoya la anterior afirmación es un párrafo de un artículo que ha sido calificado como “una norma revolucionaria como pocas en nuestro derecho de extranjería”. El artículo 36.3 de la LOEx ha sido interpretado por la Jurisprudencia en el sentido de asegurar unos derechos básicos, un *status* laboral mínimo y el legislador autonómico suplementa el ámbito de protección. Realizado el análisis de lo anterior, del estudio se van desprendiendo distintas consideraciones: que la solución al problema no es la regularización del irregular o que España proporciona un nivel de protección mínimo (lo que no puede decirse de otros países de nuestro entorno). Otra consecuencia, que de tan evidente parece obviarse, es la propia existencia de migrantes en situación irregular y la política del contingente por la que se ha optado decididamente, no va a hacerlos desaparecer.

ABSTRACT

ABOUT A MINIMUM LABOUR STATUS FOR SITUATIONS OF IRREGULAR MIGRATION

The irregular labour migration is consequence of the globalization and creates competitive advantages in production costs. From an economic point of view it would seem convenient to maintain in Spain to a million people (according to approximate data) in this situation; but this is not the policy of the Spanish alienage legislation. The previous statement is based on a paragraph of an article that has been qualified as “a revolutionary norm as few in our alienage law”. The article 36,3 of the LOEx has been interpreted by the Jurisprudence in the sense of assuring some basic rights, a minimum labour status. Carried out the above-mentioned analysis, different considerations are deducing from the study: that the solution to the problem is not the regularization of the irregular or that Spain provides a minimum protection level (what cannot be said of other countries of our environment). Another consequence, that because it's so evident seems to be obviated, is the existence of migrants in a irregular situation and the contingent policy for which has been opted with determination, won't make them disappear.

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación BJU2000-1373.

SUMARIO

I. Introducción de la globalización.

II. Control e integración de la migración laboral irregular.

III. Política de migración laboral irregular en España. A) *Policy* de control y sanción: desprotección del migrante trabajador irregular. B) El cambio de tendencia hacia la integración.

IV. Conformación del *status* laboral mínimo para situaciones de irregularidad. A) La conveniencia de su reconocimiento. B) El *status* laboral mínimo en el ordenamiento jurídico español actual. a) Reconocimiento de derechos laborales. b) Reconocimiento de prestaciones de protección social. a') Asistencia sanitaria. b') Otras prestaciones de protección social.

V. Ámbito de aplicación del *status* laboral mínimo.

VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN

La Economía y los fenómenos a ella asociados –concretamente la globalización–, tiene una importancia creciente como perspectiva de análisis jurídico. No existe rama jurídica que no analice las imbricaciones, causas, efectos y consecuencias de este “movimiento dinámico” de capitales, bienes, servicios y personas¹. En esta época de información global, César Augusto CARBALLO MENA² ofrece desde Venezuela los factores que caracterizan al fenómeno de la globalización económica: la *standarización* de las pautas de consumo mundial, el dominio de las finanzas sobre la producción, la importancia de la industria del “conocimiento”, la redundancia de ciertas tecnologías, sistemas de oligopolio global dominado por multinacionales, erosión del poder regulatorio del Estado, un mercado supraestatal liberalizado y el abaratamiento y desarrollo de

(1) En Derecho Internacional Privado español se producen acercamientos desde el punto de vista normativo-institucional (P.A. MIGUEL ASENSIO: “Algunas tendencias jurídicas de la globalización” en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Madrid, 2003, pp. 47 y ss.) y se analiza su influencia sobre instituciones civiles y mercantiles concretas (A.L. CALVO CARAVACA y P. BLANCO MORALES: *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003). En materia laboral, vid. M.A. MOREAU y G. TRUDEAU: “Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie: de nouveaux enjeux pour l'espace régional” en *Journal du Droit International*, n.º 4, 2000, pp. 915 y ss.

(2) <http://www.zur2.com/fcjp/113/global.htm>. Vid. un análisis de calado sobre los distintos factores de la globalización en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Globalización y Derecho internacional privado*, 2002, pp. 12 y ss.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

| 1

transportes, comunicaciones e información. Este panorama parece depender de una premisa fundamental: “eficientes sistemas de información que permiten al capitalista una visión *holística* –participando así del atributo divino de la omnipresencia– del mercado mundial, y de los aspectos políticos, económicos y sociales de los países que conforman el planeta”.

Con el análisis de las relaciones jurídico laborales, se revelan las siempre conservadoras pautas de adaptación del Derecho a la globalidad. En primer lugar, la globalización es susceptible de incidir sobre la lógica savignyana del Derecho Internacional Privado; pero el paradigma conflictualista se mantiene ya que “la internacionalización de la economía se basa esencialmente en las soberanías nacionales” y ello significa que, en el Derecho aplicable, seguirá existiendo un dominio que ejercen las vinculaciones territoriales en las materias laborales: “la pertenencia a un territorio dado justifica el reparto de competencias (de ley aplicable y de jurisdicción)”³. Tal vez este mecanismo de solución sólo se considere inapropiado de considerar la creciente importancia del empobrecimiento a nivel global, que no resuelve un reparto soberano⁴. Por el momento, MOREAU y TRUDEAU optan por desarrollar un “Derecho Laboral extraterritorial” para dar respuesta a la actividad de agentes económicos caracterizados por su transnacionalidad (las sociedades multinacionales). Con esta perspectiva global, los autores aportan ejemplos jurisprudenciales (la recolocación del trabajador puede realizarse en sociedades del grupo que se localizan en el extranjero) o normativos (la adaptabilidad de conexiones como los vínculos más estrechos, la existencia de Directivas europeas que contemplan expresamente la actividad laboral transnacional, la aplicación de Códigos de Conducta –*Soft Law*– a cualquier empresa del grupo multinacional)⁵.

Un segundo planteamiento muestra una inmigración trabajadora que es afectada por la globalidad, sin que los mecanismos protectores del Derecho del Trabajo se activen plenamente debido a las negativas implicaciones económicas que ello conllevaría. Al margen de valoraciones volátiles (“la globalización puede representar una oportunidad de primer orden para que una gran parte del tercer mundo abandone el ostracismo económico”⁶), es posible analizar ciertas relaciones causa-efecto de la Globalidad económica y la Inmigración; en concreto, existen caracteres del fenómeno de la globalización que provocan efectos inmediatos sobre la migración⁷. El

(3) Citas en M.A. MOREAU y G. TRUDEAU: 2000, pp. 919 y 920 y ss.

(4) Vid. OIT: “Informe Global 2003: La hora de la igualdad en el trabajo” (acc. en <http://www.oit.org/public/spanish/index.htm>).

(5) M.A. MOREAU y G. TRUDEAU: 2000, pp. 924 y ss.

(6) Francisco PÉREZ DE LOS COBOS: “Sobre la globalización y el futuro del derecho del trabajo” en *Documentación Laboral*, n.º 60, 1999, p. 24. Como demuestra STALKER (pp. 35 y ss.), “it is difficult to project future trends with any great confidence. In the short term, free trade is likely to provoke even more emigration from poorer countries, while the longer-term effects will be more positive”. Vid. Peter STALKER: *Workers without frontiers. The impact of globalization on international migration*, Geneva, 2000, p. 57.

(7) La globalización no ha tenido como consecuencia el incremento del número de inmigrantes pero sí cambios cualitativos. Vid. Peter STALKER: 2000, pp. 5 y ss. Sobre los efectos de la globalización (política) y la inmigración, vid. Gonzalo MAESTRO BUELGA: “Globalización, inmigración y ciudadanía social” en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 4, noviembre de 2003, pp. 9 y ss.

estudio de tres factores del fenómeno de la globalización económica –la des-regularización, la des-localización productiva y la flexibilidad– mostrará cómo y por qué han sido asumidos jurídicamente y cómo son una causa fundamental que explica la situación de precariedad laboral de la migración.

La precariedad se produce tanto en el exterior como en el interior de nuestro territorio. Los efectos de la globalización repercuten *ad extra* al trascender las fronteras y provocar la llegada masiva de inmigrantes ante el “efecto llamada” de cierto tipo de legislación u optar por la entrada en pateras ante la falta de operatividad de determinados mecanismos –como el contingente– con los que se pretende controlar la afluencia de trabajadores migrantes⁸. El tipo de regulación de extranjería también repercute *ad intra*, sobre la población inmigrante asentada en España: en este sentido, un tipo u otro de regulación puede conducir al incremento de la población inmigrante en situación irregular o a mantener, disminuir o erradicar las situaciones de irregularidad. El legislador español, preveyéndolo o no, ha promulgado normas cuya consecuencia ha sido el incremento de las situaciones de marginalidad, rebajadas únicamente por los distintos procesos de regularización habidos en nuestro país.

Des-localización productiva. En una economía globalizada, “la producción puede muy fácilmente des-localizarse y fragmentarse, distribuyéndose en un amplio número de lugares, y a pesar de ello mantener la integración de las distintas actividades productivas en un proceso global, que no se vería afectado por la distinta ubicación física de sus componentes”⁹. Como consecuencia de este rasgo y por la diferenciación entre mano de obra cualificada y no cualificada (que permite, fundamentalmente la des-localización de las actividades poco cualificadas)¹⁰, la producción puede desplazarse a países con bajos niveles de protección del Derecho Laboral con consecuencias funestas.

Dice ROMAGNOLI que “el mismo Derecho del Trabajo eurocéntrico se está midiendo con una *lex mercatoria* que apremia hacia particularismos normativos funcionales a la diversificada concentración de la actividad productiva en razón de tal especialización territorial que rediseña la

(8) Mercedes MOYA ESCUDERO y Ricardo RUEVA VALDIVIA: *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, 2003, pp. 44 y ss. Un punto de vista crítico del sistema de contingente, vid. Pascual AGUELO NAVARRO y Pilar CHARRRO BAENA: “El contingente de trabajadores extranejeros para el año 2003” en *Revista de Derecho de Extranjería*, marzo 2003, pp. 67 y ss. y Gonzalo BOU FERNÁNDEZ: “Sobre la ilegalidad del Contingente 2002. Comentario a la Sentencia de 18 de noviembre de 2002, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º Dos de Valencia” en *Revista de Derecho de Extranjería*, marzo 2003, pp. 107 y ss.

(9) F. DURÁN LÓPEZ: “Globalización y relaciones de trabajo” en *Revista española del Derecho del Trabajo*, 1998, p. 878.

(10) En la economía de la globalidad, se demandan trabajadores con un alto nivel de cualificación y mano de obra de baja o nula cualificación que se une a diferencias salariales importantes. Vid. Jesús MERCADER: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, 2002, pp. 58 y ss. No obstante, es preciso matizar que la inmigración es mano de obra cualificada de los países de origen que realizan trabajos no cualificados en España –un 17% de los extranjeros (europeos, africanos o americanos) tienen estudios universitarios–. Vid. Concha CARRASCO CARPIO: “Impacto social y económico de la inmigración” en *Documentación Laboral*, 2002, p. 34.

geografía económica”¹¹. Con este planteamiento, el factor “legal” –ordenamientos jurídicos– se considera como mera variable cuya manipulación –el cambio de escenario jurídico– permite a la empresa una mejor posición competitiva. Cuando en el diseño se utilizan únicamente los parámetros económicos, se hará en función de una reducción de costes sin considerar el menoscabo de la protección al trabajador; así lo demuestra la existencia de zonas francas de protección laboral o paraísos laborales¹² (“el mundo se ha convertido en una aldea global, pero llena de casi tantos *apartheid* laborales como países existen”¹³). La convergencia puede generar legislaciones “a la baja” de desarrollo insostenible¹⁴. Por ello, una primera IDEA-FUERZA que debe asumir el Derecho Laboral de la globalidad consiste en evitar esta competencia a la baja entre la normativa de diferentes Estados.

El mismo planteamiento también se puede observar *ad intra*: es lo que se ha denominado la “importación del subdesarrollo” que supone, fundamentalmente, el deterioro de los niveles de renta de determinados grupos de trabajadores¹⁵. La situación es extrema para determinadas tareas productivas poco cualificadas (tareas agropecuarias, construcción, hostelería, servicio doméstico...) cuando quedan en manos de trabajadores extranjeros en situación irregular a los que se mantiene en una situación laboral precaria. En estos casos, no parece que estemos ante un Derecho “a la baja” sino ante situaciones de precariedad jurídica. Respecto de estas situaciones localizadas en el ámbito normativo español, ¿cabe como respuesta la mera omisión jurídica por parte del ordenamiento de este país?

Flexibilidad. Dice MERCADER¹⁶ que una economía globalizada requiere altos niveles de flexibilidad empresarial para responder con rapidez a las variaciones de la demanda (“la flexibilidad persigue el ajuste de la empresa a las situaciones de incertidumbre”). Dicha flexibilidad se predica del sistema productivo y de la organización del trabajo (“flexibilidad del mercado de traba-

(11) Humberto ROMAGNOLI: “Globalización y Derecho del Trabajo” en *Revista de Derecho Social*, 1999, ene.-mar. (5), p. 20; en el mismo sentido, J.L. MONEREO PÉREZ: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social” en *Relaciones Laborales*, n.º 15-16, 2001, p. 40.

(12) Vid. M.A. MOREAU y G. TRUDEAU: 2000, p. 937 o J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: 2002, pp. 20 y ss.

(13) Miguel Ángel PURCALLA BONILLA: “Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate” en *Aranzadi Social* n.º 1/2002.

(14) La esclavitud y el trabajo forzoso, en especial de mujeres y niños, está creciendo en todo el mundo y adoptando nuevas formas. Vid. *Estudio de la OIT “Alto al trabajo forzoso”*. Sobre los aspectos de convergencia, vid. Javier PÉREZ MILLA: “De la armonización de normas de conducta y otras revisiones comunitarias en la prestación de servicios financieros”. STALKER utiliza el término convergencia con otro significado (en relación a los fenómenos de asimilación que se producen entre países industrializados) frente a divergencia (para explicar el incremento de diferencias económicas entre el primer y tercer mundo). Vid. Peter STALKER: 2000, pp. 11 y ss.

(15) Vid. referencias sobre este fenómeno en M.ª del Mar RUIZ CASTILLO: “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea” en *Revista de Derecho social*, n.º 21, enero-marzo 2003, p. 31. Un análisis exhaustivo que explica el por qué de las rentas a la baja de los trabajadores, la economía sumergida como única opción para los trabajadores irregulares, cómo la inmigración puede ser contraproducente en economías de rápido crecimiento o que los países desarrollados eligen a aquellos inmigrantes cuyas capacidades laborales responden a las necesidades del país, en Peter STALKER: 2000, pp. 75 y ss.

(16) Vid. Jesús MERCADER: 2002, pp. 65 y ss. y 140 y ss.

jo”). Al típico poder de dirección del empresario, se le añaden muy potentes instrumentos para condicionar el comportamiento de los trabajadores migrantes (al que se le sumará al inmigrante la presión policial, económica, social...). Se puede afirmar, sin miedo a la equivocación, que la inmigración irregular es la fuerza laboral que tolera en mayor grado la flexibilidad en una organización productiva, tanto desde el punto de vista numérico, funcional o financiero: es frecuente que trabajadores migrantes en situación irregular, sean empleados como trabajadores-comodín en sectores como el de la construcción, reparto, recolección,...

Del anterior análisis, se constata cuál es la raíz del problema –que siempre se ha considerado evidente–. Uno de los objetivos –económicos– que se ha pretendido consiste en un Derecho Laboral de época post-industrial dedicado a establecer sistemas normativos de rápida adaptación a factores económicos inestables (el sistema productivo o las necesidades de un mercado diversificado)¹⁷. Esta adaptación provoca efectos colaterales que sufre la población migrante, se agrava en aquellos sistemas productivos que no emplean mano de obra cualificada y tiene un punto crítico respecto de aquellos trabajadores migrantes en situación irregular.

Económicamente se podría expresar que la inmigración irregular crea ventajas competitivas en los costes de producción. Ahora bien, si la ventaja económica no es sino el resultado de una precariedad jurídico-laboral de la población inmigrante, ¿el sistema jurídico español debe consentirlo? Dos son las respuestas posibles a este dilema: que la definición de un *status* jurídico-laboral de la población migrante irregular pueda convertirse en un mecanismo para mitigar la precariedad de estas situaciones o que “la inmigración irregular se convierta en un hecho constante, y no negativo, en términos puramente económicos (de PIB), de importante incidencia”¹⁸.

Des-regularización. La globalización económica procura la des-regularización como una consecuencia directa: “si el Derecho Laboral es fruto del siglo xx, al derecho del trabajo le tocará seguir la suerte de su siglo”¹⁹. Es éste un factor general cuyo alcance e importancia es, de momento, imprevisible: se constatan tendencias como la de sustituir las relaciones laborales por relaciones mercantiles, la existencia de falsos autónomos o trabajadores autónomos dependientes, evitar la influencia de la negociación colectiva y a cambio, aumentar las contrataciones basadas en una autonomía de la voluntad –desigual– de las partes (lo que permite especificar los objetivos de la relación laboral, los plazos de entregas, nivel de calidad, etc.)²⁰.

Pero este fenómeno se puede contemplar desde otro punto de vista. En este sentido, se constata la existencia de mecanismos *Soft Law* que carecen de fuerza normativa o, mejor dicho, coercitiva –por ejemplo, la existencia de cláusulas sociales, incluso insertas en normativa internacio-

(17) F. DURÁN LÓPEZ: 1998, pp. 877 y ss.

(18) Cita en M.ª del Mar RUIZ CASTILLO: enero-marzo 2003, p. 30. Si la investigación jurídica consistiese, únicamente, en adelantar acontecimientos, no cabe duda que este trabajo desarrollaría la 2ª hipótesis. Esperemos contrabalancear el precario futuro inmediato en materia de extranjería irregular fundamentando la posibilidad de un *status* laboral mínimo.

(19) Humberto ROMAGNOLI: 1999, p. 9.

(20) Sobre esta idea, vid. Jesús MERCADER: 2002, pp. 92 y ss.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

| 1

nal-; que pretenden la regulación-motivación basada en la implementación del respeto de los derechos socio-laborales. En realidad, la trascendencia de estas nuevas técnicas regulatorias, consiste en ser prueba de que las fuentes normativas de la relación laboral se ha hecho “rica, compleja, dinámica y dialéctica”²¹. Por otra parte, la misma idea de des-regularización, deriva en una IDEA-FUERZA del Derecho Laboral global: la utilidad e influencia de mecanismos de *self-regulation* o *co-regulation* o *regulated self regulation*. Aunque para plantearse su empleo se deberá decidir, previamente, qué ámbitos debe regular el Derecho y en qué otros cabe la intervención de agentes sociales²².

El fenómeno de la des-regularización en el mundo de la inmigración alcanza su connotación más negativa cuando la regulación obvia determinadas situaciones. En este sentido, tradicionalmente las relaciones laborales de los inmigrantes en situación irregular han quedado fuera de los sistemas de protección socio-laboral.

Expresa PÉREZ DE LOS COBOS que la tendencia del Derecho Laboral de la globalidad, consiste en conservar el “*status* sociolaboral” y la tarea a emprender, es “cambiar los mecanismos de tutela para conservar sus niveles (*de protección*)”²³. En este sentido, advierte RUIZ CASTILLO que “la no aplicación del principio de igualdad y no discriminación” provoca “la diversificación de estatuto jurídico de los nacionales de terceros países” y distingue: los especialmente privilegiados por su razón de parentesco con un ciudadano comunitario; otros privilegiados, residentes legales y nacionales de países con los que existe algún convenio de asociación, cooperación o de otro tipo²⁴; en tercer lugar, “los nada privilegiados, fuera del paraguas comunitario: ciudadano de tercer país, con el que no existe ningún tipo de convenio, con un estatuto jurídico escualido, cuya entrada y residencia queda al arbitrio de la discrecionalidad de cada Estado, y con ello su estatuto jurídico”²⁵. Coincidiré con CASAS BAAMONDE²⁶ en que el futuro desarrollo del Derecho Laboral pasa por la construcción de los derechos de ciudadanía social, frente al crecimiento de las desigualdades sociales.

(21) Francisco PÉREZ DE LOS COBOS: “Sobre la globalización y el futuro del derecho del trabajo” en *Documentación Laboral*, 1999, n.º 60, pp. 21 y ss. (citas en pp. 27 y 25).

(22) Es ésta una crítica soterrada hacia el actual sistema de contingente, cuyo desarrollo, sobrepasaría el objeto de este trabajo.

(23) Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, 1999, p. 27. Coincido con CASAS BAAMONDE: [“El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)” en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, 2000, p. 211] en defender que el futuro desarrollo del Derecho Laboral pasa por la construcción de los derechos de ciudadanía social frente al crecimiento de las desigualdades sociales.

(24) Vid. un profundo estudio de los regímenes privilegiados por la existencia de un Convenio de Asociación u otro tipo, en Jesús MERCADER UGUINA: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, *ponencia del XII congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001, pp. 9 y ss. (<http://www.aedtss.com/documentos/LA%20PROTECCION%20SOCIAL%20DE%20LOS%20TRABAJADORES%20JES%20FAS%20R.%20Mercader%20Uguina.doc>).

(25) Vid. M.ª del Mar RUIZ CASTILLO: enero-marzo 2003, pp. 43 y ss. Sobre otros criterios que generan una diversificación de regímenes, vid. M.ª del Mar RUIZ CASTILLO: “Marco legal de la inmigración en España. Aspectos Laborales” en *Revista de Derecho social*, n.º 22, abril-junio 2003, pp. 24 y ss.

(26) No sólo en Europa. Vid. M. Emilia CASAS BAAMONDE: “El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar” en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, Madrid-Barcelona, 2000, p. 211. (<http://212.80.171.44/upta/uploads/27-18-11-24-7-2003-580290.PDF>).

Si uno de los asuntos a resolver en el momento actual es el nivel (mejor, los diferentes niveles) de protección del trabajador, ¿cabe un cuarto tipo de estatus de trabajador migrante?; en otras palabras, ¿cuál es el nivel de protección jurídico laboral que asume en la actualidad el ordenamiento jurídico español respecto de la población inmigrante trabajadora que se haya en situación irregular? En definitiva se ofrece a continuación un estudio que no es sino la valoración del voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo federal de EEUU de 27 de marzo de 2002 donde se afirmaba que los extranjeros entran en los Estados Unidos con la esperanza de encontrar un trabajo y no de obtener la protección de las leyes laborales estadounidenses²⁷.

II. CONTROL E INTEGRACIÓN DE LA MIGRACIÓN LABORAL IRREGULAR

En la Europa comunitaria se puede observar la yuxtaposición de dos modelos –control e integración– que operan en dos ámbitos diferenciados –*ad extra* y *ad intra*–.

La Unión Europea implementa un modelo de control en relación con la entrada de los inmigrantes para minimizar las entradas irregulares, modelo eficiente puesto que las restricciones cualitativas y cuantitativas a la inmigración traen como consecuencia una migración en el país receptor de carácter legal y con cualificación laboral²⁸. Esta política general de la Unión Europea *ad extra* se refleja en la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de una política común sobre inmigración ilegal de 3 de junio de 2003²⁹ donde se contempla un control de fronteras exteriores basado en una política de visados (revisión de la lista de terceros países cuyos nacionales deben estar en posesión de visado, establecimiento de un sistema de información de visados –VIS–, establecimiento de un formato uniforme de visados y permisos de residencia, mecanismos de identificación biométrica y la creación de estructuras administrativas para la emisión de los visados), una política de gestión de las fronteras externas, políticas de devolución, implementación de la cooperación y el intercambio de información, firma de acuerdos de cooperación con terceros países en materia de inmigración y la determinación de recursos financieros apropiados en estas materias. Un objetivo básico de esta política es simplificar y establecer con claridad los mecanismos de entrada de la migración trabajadora: *“Tackling undeclared work requires putting in place a range of policies, which combine preventive actions with sanctions... Such measures must go hand in hand both with fighting illegal migration flows and ensuring that there are clear and transparent legal channels available for economic migrants to fill job*

(27) Francisco GÓMEZ ABELLEIRA: “¿El Derecho del Trabajo cotiza a la baja?: una importante decisión noreamericana sobre Derecho del Trabajo e inmigración ilegal” en *Relaciones Laborales*, n.º 17, septiembre 2002, p. 110.

(28) Este tipo de conclusiones son posibles si se estudia el fenómeno de la migración desde modelos económicos; vid. Ken-ji KONDOH: “Legal migration and illegal migration: the effectiveness of qualitative and quantitative restriction policies” en *Journal of International Trade & Economic Development*, 2000, pp. 223 y ss.

(29) Vid. *Comunicación de la Comisión on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders and the return of illegal residents*, Brussels, 3-6-2003. COM (2003) 323 final.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

| 1

shortages which are also growing in most Member States”³⁰. Este modelo se implementará en un futuro cercano a través de regulación comunitaria como la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia³¹.

Paralelamente, el análisis socio-demográfico y económico³² de la inmigración genera una visión positiva del fenómeno migratorio y justifica el modelo de integración de nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea³³. Esta *policy* encuentra su primer desarrollo en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, cuya conclusión n.º 22 expresaba: “El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia”. Sin duda, un exponente directo de esta política de integración es la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración³⁴. Y de esta misma norma proviene el peligro de lo que RUIZ CASTILLO denomina la “deslaboralización del

(30) COM (2003) 323 final.

(31) COM (2001) 0386.

(32) “The impact of demographic change has often been discussed and can be illustrated by a number of different scenarios. Under the Eurostat assumption of moderate immigration, demographic ageing will cause the EU-25 working age population to fall from 303 to 297 million by 2020, and to 280 million by 2030. This decrease is due to the long lasting effects of the reduction of fertility rates since the mid-1970’s and it will be coupled with an increase in the age group of the over 65. Under the same assumptions, the number of people in this age group will increase from 71 in 2000 to 93 in 2020, up to 110 million in 2030 for EU-25, thus causing the old age dependency ratio to increase from 23% to 40%”. “Furthermore, it seems that the large waves of legal and illegal immigration into the US since the late 1980’s is the main reason why the ageing trajectory of the US has markedly improved by comparison to, and now differs substantially from, that of Europe” en COM (2003) 336 final. No es tan llamativo afirmar que la migración es beneficiosa económicamente: genera un superávit en el balance entre ingresos públicos y gastos públicos. En España, si se compara el nivel de gastos sanitarios y de educación frente al nivel ingresos por cotizaciones a la Seguridad Social, el año 1998 generó una diferencia a favor del estado de más de 1.000 millones de euros y en el año 2000, una diferencia de casi 1.500 millones. Concha CARRASCO CARPIO: 2002, p. 26. La ONU afirma que la UE necesitará en los próximos 50 años, casi 80 millones de inmigrantes para mantener el volumen de población en edad laboral y si el objetivo es mantener la ratio entre trabajadores activos y jubilados, la UE necesitará más de 700 millones. Aunque, frente a estos datos, otro análisis considera que “los inmigrantes, siendo típicamente perceptores de salarios bajos, son los beneficiarios netos del *welfare state*” (referencias, que no acepta el propio autor, en Jesús MERCADER UGUINA: 2001, pp. 6 y ss. y nota 9.

(33) Esta *Policy* quedó recogida en la *Communication on a Community immigration policy* de 22 de noviembre de 2000. COM (2000) 757. En materia de inmigración y situaciones laborales, la base de actuación es el Programa (2001-2006) de lucha contra la discriminación directa e indirecta basada en motivos de origen racial, étnico, de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. Decisión del Consejo (2000/750/CE) de 27 de noviembre de 2000.

(34) COM (2001) 127. Vid. Katia FACH: “Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea” en *Revista de Derecho de Extranjería*, marzo 2003, pp. 53 y ss.

inmigrante” de tal manera que sólo la condición de residente de larga duración conlleva una (casi) equiparación con los trabajadores comunitarios³⁵ lo que les permite el acceso al Modelo Social Europeo fundamentado en altos niveles de protección jurídico-laboral³⁶.

Frente a estas políticas de integración de los inmigrantes legales en el mercado laboral, impulsada y desarrollada en la actualidad a partir de la aplicación del principio de no discriminación (y de igualdad)³⁷, el otro extremo lo protagonizan los trabajadores en situación irregular.

Respecto de estos inmigrantes también se predica tímidamente la necesidad de integración: se advierte que “las políticas de integración no pueden considerarse completamente satisfactorias a menos que las cuestiones que suscita la presencia de este grupo de personas (inmigración irregular) sean adecuada y razonablemente dirigidas”³⁸. El análisis de medidas de integración “adecuadas y razonables” suscita diversas consideraciones desde las que derivar propuestas. En primer lugar, hay que considerar que las situaciones de irregularidad son un fenómeno en expansión. Según datos de EUROSTAT del año 2000, en España existen unos 300.000 inmigrantes ilegales³⁹, en Alemania casi un millón, en Francia 140.000, en Italia 255.000 y en el Reino Unido

(35) Vid. M.ª del Mar RUIZ CASTILLO, abril-junio 2003, pp. 19 y ss. Sin embargo, la misma autora afirma que “para el caso español puede hablarse de una «laboralización del inmigrante». El reconocimiento restrictivo de derechos a los inmigrantes viene determinado sólo por su condición de trabajador”.

(36) 1º) La promoción de la justicia y el progreso social y económico, 2º) La garantía de los derechos sociales (en especial la protección social) –es destacable la presencia de derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se integrará como Derecho constitutivo en 2004–. 3º) El respeto al diálogo social entre los interlocutores sociales. Antonio SEMPERE NAVARRO y Guillermo BARRIOS BAUDOR: “Derecho Social comunitario: aspectos básicos” en *Derecho Privado Europeo*, 2003, p. 772.

(37) Vid. por ejemplo, Sesión n.º 2535 del Consejo, Luxemburgo, 20 de octubre de 2003, 13538/1/03 REV 1 (Presse 302), donde se afirma que “Deberían adoptarse medidas específicas para permitir una mayor integración de los inmigrantes legales en el mercado laboral de conformidad con el principio de no discriminación”. En el ámbito latinoamericano, este planteamiento encuentra acomodo en la OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vid. Ángel G. CHUECA SANCHO: “Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados” en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 4 noviembre de 2003, pp. 303 y ss.). Se observa que en la doctrina española y la jurisprudencia constitucional se han desarrollado los planteamientos desde la aplicación del principio de igualdad, lo que denota que el grado con el que se busca la equiparación jurídica es cualitativamente superior que si se realiza desde la aplicación del principio de no discriminación. Esta tendencia se puede analizar desde la lectura de: Jesús MERCADER UGUINA: 2001 y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, *ponencia del XII congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001 (<http://www.aedtss.com/documentos/EL%20DERECHO%20DEL%20TRABAJO%20Y%20LOS%20INMIGRANTES%20Miguel%20Rodriguez%20Pi%F1ero%20Bravo%20Ferrer.doc>).

(38) COM (2003) 336 final.

(39) No obstante, los datos “no oficiales” son más preocupantes: 550.000 latinoamericanos llegaron a España en 2002 y sólo salieron 86.000 (*El País*, 10 de julio de 2003). El delegado del Gobierno para la Extranjería, Ignacio González reconoce que no existen datos reales sobre el número de inmigrantes ilegales residentes en España, solo “especulaciones” que oscilan entre cien mil y el millón de personas (*Estrella Digital*, 2 de septiembre de 2003). Pero, según datos de *El País* de 9 de diciembre de 2003, la cifra alcanzaría el número de 1.250.000 irregulares, aproximadamente 600.000 es el número de irregulares utilizado por Saura Laporta en el Debate y votación en el Congreso de los Diputados del dictamen de la Comisión Constitucional al proyecto de Ley orgánica de reforma de la Ley de Extranjería, celebrados el 2 de octubre de 2003.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

I

50.000; en toda Europa hay unos 3 millones de inmigrantes ilegales. En España, se ha comprobado, con los datos resultantes del proceso de regularización del año 2000, que los sectores de actividad donde trabajan los extranjeros en situación irregular son, por orden de importancia, el agropecuario, la construcción y el servicio doméstico⁴⁰.

La primera medida en relación con la migración irregular considera las implicaciones económicas de este tipo de inmigración que derivan en situaciones de marginalidad; implicaciones que presuponen el control de la economía sumergida que la emplea: “la demanda de trabajadores ilegales está provocada especialmente por sus patronos. Deben armonizarse las sanciones contra el empleo ilegal para eliminar todas las ventajas competitivas, lo cual es un principio básico del Derecho comunitario”⁴¹. Consecuencia directa de este planteamiento, además de medidas de tipo penal y administrativo contra los empresarios⁴², la Ley Orgánica 14/2003 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴³ ha introducido un nuevo número 3 en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: “Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar, obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”.

Sobre la base de la importancia cuantitativa y económica del fenómeno de la inmigración irregular, la Unión Europea extiende una nueva política donde, siendo principal el ejercicio del control de los irregulares, se procuran medidas de integración mínima en relación con los trabajadores migrantes en situación irregular dentro de la UE⁴⁴: *“Within the context of the common immigration policy the only coherent approach to dealing with illegal residents is to ensure that they return to their country of origin. However, in a considerable number of cases it is not possible to implement such a policy for legal, humanitarian or practical reasons. It is necessary to consider this group of people both from the point of view of their impact on the labour market and with respect to the objective of integration and social cohesion. On both counts the presence of large numbers of illegal residents has a negative influence as a source of cheap labour, liable to exploitation and in the long-term preventing necessary structural reform and thereby contributing to the inefficiency of the labour market”*.

(40) Concha CARRASCO CARPIO: 2002, pp. 40 y ss.

(41) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración COM/2001/0672 final. Paralelamente, “The Employment guidelines have included, since 2000, a commitment to combat undeclared work and the conclusions of the European Council in Stockholm drew attention to the need to reduce the informal economy as one of the measures needed to develop the European employment strategy” en COM (2003) 323 final.

(42) En cuanto a las medidas administrativas, el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre) incrementa la cuantía de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo.

(43) En tramitación. *Debate y votación en el Congreso de los Diputados*. BOCG, serie A, Congreso de los Diputados, de 2 de octubre de 2003.

(44) Como se desprende de la *Communication* COM (2003) 336 final.

Esta es una muestra de que la *policy* general e imperante sobre inmigración no es sólo represiva sino que busca mecanismos de integración respecto de la inmigración irregular que se encuentre dentro de la Unión Europea. Doctrinalmente se propone, aunque con pocas esperanzas, que la integración pasaría por la elaboración de un concepto comunitario de irregularidad, graduar las situaciones de irregularidad y sus consecuencias jurídicas de tal manera que no siempre conlleve la expulsión, la armonización de los mecanismos de regularización, la integración de inmigrantes especialmente sensibles (explotación sexual o laboral) y vincular la inmigración irregular con la cooperación al desarrollo⁴⁵.

Mi propuesta es analizar las posibilidades de desarrollo de un mecanismo de integración como es la definición de un *status* laboral mínimo de trabajador migrante, aplicable a los que se encuentran en situación irregular. Centrándonos en el sistema jurídico español se pretende dar respuesta a la capacidad de integración que se ofrece a aquella migración laboral irregular que está al amparo de nuestro sistema jurídico por encontrarse en España.

III. POLÍTICA DE MIGRACIÓN LABORAL IRREGULAR EN ESPAÑA

A) *Policy* de control y sanción: desprotección del migrante trabajador irregular

Es pacífico que el derecho que consagra el artículo 35.1 de la Constitución española –“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”– no es inmediatamente aplicable a los extranjeros y el establecimiento de requisitos previos para conseguir una igualdad de trato respecto de los nacionales, no es contrario a la Constitución⁴⁶. A consecuencia de la vigente doctrina del Tribunal Constitucional que nace con la Sentencia 107/85⁴⁷, se consagra una limitación para los extranjeros extracomunitarios en relación al acceso al mercado de trabajo consistente en la exigencia de una autorización administrativa previa (el correspondiente permiso de trabajo).

(45) Vid. M.³ del Mar RUIZ CASTILLO: enero-marzo 2003, p. 48.

(46) Mariola SERRANO ARGUESO: “Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento sobre extranjería”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2002, n.º 111, p. 380.

(47) Es sobradamente conocido que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha definido el alcance y proyección del principio de igualdad y no discriminación entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales y libertades públicas a los que se refiere el artículo 13.1 de la CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875). En este sentido, en atención a lo dispuesto en la STC 95/2000 (RTC 2000, 95), es posible realizar la siguiente diferenciación comparativa nacional-extranjero: “en primer lugar, aquellos derechos fundamentales que los extranjeros gozan en nuestro país en condiciones idénticas a los nacionales (son aquellos derechos inherentes a la persona y que resultan imprescindibles para la dignidad humana); en segundo lugar, aquellos derechos que se reconocen únicamente a los nacionales; y, por último, entre otros, el derecho al trabajo y los relacionados con éste, «aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto de los nacionales». Cfr, especialmente, STC 95/2000, de 10 de abril, F. 3º; SSTC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99) y 130/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 130”. Vid. Juan Ramón RIVERA SÁNCHEZ: “La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular” en *Boletín Aranzadi Laboral*, n.º 1/2002.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

| 1

No quiero dejar de mencionar que existen voces que derivan la situación de precariedad directamente de esta interpretación y para evitar dicha precariedad, se propone un cambio de razonamiento. Se plantea así, incidir en el reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho de ámbito universal sin depender de otros requisitos, lo que modificaría la anterior interpretación del Tribunal Constitucional⁴⁸. Las consecuencias de este cambio jurídico sobre todo el sistema migratorio son de difícil previsión y, aunque nos sumemos al deseo, en todo caso habrá que esperar a que se produzca.

Sobre la premisa de la existencia de esta diferenciación respecto del artículo 35 de la CE, la interpretación del artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores (los extranjeros pueden concertar la prestación de su trabajo “de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”), conduce a lo que establece la Legislación de Extranjería vigente en cada momento.

La LO 7/1985, de 1 de julio (y 6.3 y 1275 del Cc) había originado una posición doctrinal y jurisprudencial unidireccional. La posición –como defendió la STS de 29 de septiembre de 1986– fundamentaba en que “el contrato de trabajo que vinculaba a las partes contendientes es nulo de pleno derecho” y era absolutamente mayoritaria en la otrora aperturista jurisprudencia de lo Social. Mayoritaria y de interpretación poco flexible. Evidentemente, la falta o denegación de los permisos preceptivos conllevaba la situación irregular y la correspondiente nulidad contractual. Pero también cuando no existía correspondencia entre el trabajo desempeñado y el tipo de permiso de trabajo del que se beneficiaba el extranjero⁴⁹ o cuando el permiso había caducado y no había sido renovado⁵⁰.

Tal inflexibilidad queda relajada por la justicia del caso concreto; la situación administrativa particular del migrante parece ser un elemento que la jurisprudencia toma en consideración a la hora de argumentar unas consecuencias jurídicas determinadas u otras –“la situación que ahora enjuicamos tiene aspectos fundamentales que han de tenerse en cuenta: aquél de estar en trámite los preceptivos permisos y autorizaciones administrativas, sin constancia de una negativa”–⁵¹. En la literalidad de la STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2000 se afirma con visos de generalidad: “no pudiendo predicarse la invalidez del mismo más que en los supuestos en que se ha producido la denegación expresa del permiso o conste fehacientemente que no se ha solicitado. Esto es, que la situación de ilegalidad del extranjero desde el plano laboral, sólo le es imputable a su negligencia”⁵². Por tanto, se propugnaba la validez del

(48) “En la actualidad se considera que la misma sería revisable, aunque sólo sea porque la propia realidad migratoria de nuestro país ha cambiado sustancialmente desde entonces, mudando también el papel que la misma puede y debe jugar en nuestra sociedad”. Pilar CHARRO BAENA: “Consideraciones generales. El sistema de contingente de autorizaciones. Los acuerdos migratorios” Unidad 14 del Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional (octubre 2002-junio 2003). <http://www.extranjeria.info/curso/index.htm>.

(49) STS de 15 de febrero de 1983 (RJ 1983, 653), SSTSJ Canarias/Las Palmas de 19 de abril de 1994 (AS 1994, 1514) y de Andalucía/Granada de 13 de julio de 1993 (AS 1993, 3262).

(50) STSJ de Madrid de 9 de octubre de 1997 (AS 1997, 3810).

(51) STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2002 (AS 2002\1993).

(52) AS 2000\4585.

contrato de trabajo⁵³ “siempre que fuera otorgada la autorización administrativa posterior concediendo el permiso de trabajo”⁵⁴. Tras la consecución de los correspondientes permisos, la situación jurídica quedaba sanada.

En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña de 22 de mayo de 2001⁵⁵ resuelve la cuestión específica de si un ciudadano marroquí, una vez obtenido el correspondiente permiso de trabajo, convalida a los efectos de indemnización por despido, todo el período que ha prestado sus servicios para la empresa con independencia de que se hayan prestado en periodos en que el trabajador haya estado contratado legalmente o no. Este supuesto se valora en aplicación del Principio de no discriminación por razón de nacionalidad reconocido en el artículo 4 del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos de 27 de abril de 1976⁵⁶ (principio que con carácter general, reconoce el artículo 6 del Convenio 97 de la OIT). Utilizando técnicas de *Soft Law* por otorgar carácter orientativo a la Recomendación 151 de la OIT de 24 de junio de 1975 sobre trabajadores migrantes –los trabajadores migrantes “cuya situación haya sido regularizada deberían gozar de todos los derechos que según el párrafo 2 de la presente Recomendación son concedidos a los trabajadores migrantes legalmente asentados”–⁵⁷, el Tribunal falla que, una vez contratado legalmente en España el ciudadano marroquí, la “aplicación no restrictiva de la norma internacional nos lleva a considerar que tiene derecho a que se sane el período de servicios prestados sin cobertura legal”.

Frente a esta posición de nulidad del contrato de trabajo, la doctrina (y una Jurisprudencia excepcional) ha clamado por contradecir los fallos de los Tribunales con argumentos tan correctos como que “el contrato de trabajo suscrito por el trabajador extranjero, aun sin el preceptivo permiso de trabajo es válido, pues reúne los elementos esenciales de todo contrato”⁵⁸; porque origina consecuencias de grave injusticia social; que la nulidad constituye una sanción adicional para el trabajador extranjero de difícil justificación y, sin duda, un beneficio para el empresario incumplidor. Desde un punto de vista técnico-jurídico, se achaca que la falta de permiso se

(53) SSTSJ Cataluña de 11 de noviembre de 1996 (AS 1996, 166) o de Madrid, de 17 de diciembre de 1992 (AS 1992, 6238).

(54) SSTJS de Madrid de 9 de octubre de 1997 (AS 1997, 3810) y de 21 de noviembre de 1991 (AS 1991, 6204).

(55) AS 2001\2591.

(56) “Cada uno de los Estados miembros concederá a los trabajadores de nacionalidad marroquí empleados en su territorio un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a sus propios nacionales en lo que respecta a las condiciones de trabajo y de remuneración”. Reglamento 2211/1978 (LCEur 1978, 312) del Consejo de la CEE.

(57) Según el párrafo 8 de la Recomendación.

(58) Pilar CHARRO BAENA: “Trabajadores extranjeros «ilegales» y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social [Comentario a la STS] Murcia de 4 de octubre de 1999 (AS 1999, 3206)]” en *Aranzadi Social*, III, 1999, p. 2948. Como expresó la STS del País Vasco de 10 de octubre de 2000 (AS 2000\4466) en relación a la contratación de un extranjero en situación irregular: “Ello implica, como acertadamente indica el Juzgador, que estemos en presencia de una presunción de la laboralidad, que lleva consigo el que estén constituidos los elementos específicos de todo contrato de trabajo, con una ajeneidad concreta, retribución y marco organizativo”.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

I

trata de un requisito administrativo respecto de una relación de trabajo que cumple los requisitos del artículo 1 del ET y, por tanto, de incumplirse, sólo se generan las sanciones administrativas establecidas en la normativa de extranjería⁵⁹. Estas posiciones doctrinales son proclives a dar una cierta validez al contrato laboral y por tanto, existencia jurídica, con las consecuencias de reconocimiento de un *status* laboral que de ello se deriven.

Los argumentos jurisdiccionales pro nulidad, habían acudido a las viejas ideas que vinculan la extranjería con un situación de minuscapacidad: se consideraba que el extranjero irregular no tenía capacidad para prestar válidamente el consentimiento de la relación jurídico-obligacional⁶⁰. Este argumento, además de “rechinar jurídicamente”⁶¹ y de intentar la vinculación jurídica de dos especies no afines (las autorizaciones administrativas con la cuestión de la capacidad contractual)⁶², no resiste un mínimo análisis desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado: por ser una obligación contractual, la materia de la capacidad se rige por la ley personal/nacional (artículo 9.1 Cc, por ser una de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio universal de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 –artículo 1.2–) y por tanto, no sería de aplicación el ordenamiento jurídico español sino el nacional del trabajador extranjero.

Para evitar estos planteamientos erráticos, se utilizará otro argumento normativamente más moderno y bien conocido en el Derecho Internacional Privado como que la situación de nulidad jurídico-laboral era la consecuencia de la contravención –con base en el artículo 6.3 del Cc– de normas imperativas o de orden público⁶³. De ello resulta, que la jurisprudencia española optó por considerar que merecía la aplicación como norma imperativa el artículo 7.c) del ET (y más concretamente, el artículo 15 de la LOEx/1985 y actual artículo 36.1 de la LOEx) y que su contravención convierte en nula la relación jurídico laboral. El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja afianza esta posición incluso a pesar del, como veremos, trascendente artículo 36.3 de la LOEx⁶⁴ lo que ha originado una doctrina contradictoria que el TS, en su Sentencia de 9 de junio de 2003⁶⁵ ha unificado.

(59) Sobre el tema, Mariola SERRANO ARGUESO: 2002, n.º 111, p. 382.

(60) STS de 20 de octubre de 1986 (Ar. 5859).

(61) Margarita TARABINI-CASTELLANI AZNAR: “Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de extranjería. A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002”, *La Ley*, 3 a 9 de marzo de 2003, p. 2.

(62) F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, 1949, p. 1949.

(63) STS de 21 de marzo de 1997 (Ar. 3391). De la misma conclusión, M. MOYA ESCUDERO: *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Granada, 1999, p. 75. Niega este carácter, por ser “requisitos administrativos”, M.ª del Mar RUIZ CAS-TILLO: abril-junio 2003, p. 19, nota 59.

(64) S. de 27 de noviembre de 2001. AS 2001\3957. En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 20 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002\42571).

(65) *RJ* 2003\3936.

Las consecuencias derivadas de la “no-existencia” de la relación contractual eran diversas dependiendo del ámbito al que fuesen dirigidas. En relación con las consecuencias socio-laborales, se negaba cualquier mínimo reconocimiento de la nula situación jurídico-laboral: se le negaba al trabajador extranjero la legitimación para impugnar el (técnicamente inexistente) despido⁶⁶, no existía ningún despido cuando un trabajador extranjero era “cesado” por carecer de permiso de trabajo o haberse caducado no habiendo sido renovado⁶⁷ y evidentemente, no existía ningún tipo de indemnización por causa de tan singular “no-despido”⁶⁸. En la línea de las prestaciones sociales, el extranjero irregular carecía de prestaciones por desempleo⁶⁹; sin embargo, si le eran reconocidas las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Sólo desde otro punto de vista –el jurídico-privado–, se reconocían vínculos entre las partes. El trabajador migrante tenía derecho a percibir el salario, con responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial⁷⁰. La lógica judicial empleada se basaba, no en la existencia del contrato sino en evitar un enriquecimiento injusto en favor de la empresa⁷¹ y en dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 9.2 del ET.

En ocasiones, este reconocimiento del derecho al salario, es combatido en Derecho comparado pero con diferente matiz. El Tribunal Supremo federal de EEUU de 27 de marzo de 2002⁷² ha conocido del despido por razones sindicales de un trabajador irregular. El tribunal norteamericano, niega al trabajador cualquier protección que le otorgara la legislación laboral –el pago de salarios por el tiempo que medió entre la fecha de su despido antisindical y la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su situación irregular–, puesto que, dada la conducta penalmente reprochable del trabajador (su documentación de extranjería era falsa), se contravendría la finalidad de la *Immigration Reform and Control Act* de 1986 de evitar las violaciones de la normativa de inmigración. Sin embargo, en el voto particular se pone el acento en que eludir la con-

(66) STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2001 (AS 2001\4554). Antonio Vicente SEMPERE NAVARRO: “Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 545/2002.

(67) STSJ de Madrid de 9 de octubre de 1997 (AS 1997, 3810).

(68) STS de 27 de noviembre de 1989 (Ar. 8257).

(69) STS de 25 de septiembre de 1997 (R/ 1997, 6887).

(70) En cuanto a los salarios de tramitación, es de significar la STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2000 (AS 2000\1480) que no los concedió en aplicación de la derogada LOEx “ha de entenderse que un extranjero sin permiso de trabajo tendrá derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado y devengos correlativos a dicha prestación, pero no los que se piden con carácter de trámite, pues si el contrato era nulo y durante el período de trámite procesal el titular no prestó ningún servicio no le corresponde el devengo a tenor de lo preceptuado en el ya mentado artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores en la consideración de que el principio de igualdad total ante la Ley que el artículo 14 de la Constitución proclama lo es para los españoles”.

(71) STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 1989 (AS 1989, 2163).

(72) *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB* (www.supremecourtus.gov). Vid. comentario de Francisco GÓMEZ ABELLEIRA: “¿El Derecho del Trabajo cotiza a la baja?: una importante decisión norteamericana sobre Derecho del Trabajo e inmigración ilegal” en *Relaciones Laborales*, n.º 17, septiembre de 2002, pp. 107 y ss.

dena al pago del salario incrementa el problema de la inmigración ilegal ya que, como las únicas víctimas son los trabajadores extranjeros, se elimina para el empresario el coste laboral del pago de salarios; de ahí se concluye con una situación de “ventaja empresarial”, en la que no existen riesgos para el empresario en ofertar “trabajo irregular”⁷³.

Se puede observar que el no reconocimiento del derecho al salario se impone como pena por el comportamiento fraudulento del trabajador extranjero. En una valoración global, puede ser correcto hacer depender el disfrute de cierto *status* de que no exista una conducta reprochable del inmigrante. Ésta podría ser una medida a tener en cuenta por un futuro Derecho de extranjería.

B) El cambio de tendencia hacia la integración

Desde el artículo 35 de la CE, la siguiente referencia normativa a la que hay que dirigirse en la actualidad, es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (con la reforma operada por LO 8/2000 y por LO 14/2003⁷⁴) y su Reglamento de ejecución⁷⁵ (con las previsiones de la STS de 20 de marzo de 2003)⁷⁶.

La existencia de un *status* laboral depende de reconocer al trabajador migrante su condición jurídico-laboral. Por ello, de la anterior normativa (y manteniéndose en el Proyecto de Reforma de la LOEx), es de suma trascendencia el artículo 36.3 de la LOEx que incide expresamente sobre esta materia: “... La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. La LO 14/2003 ha añadido a este artículo: “ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”, fortaleciendo el carácter protector de este mecanismo.

Pese al, en principio, claro tenor literal de la norma, las posiciones doctrinales no han augurado un cambio significativo de la jurisprudencia en esta materia, equivocándose. Se ha afirmado que nos encontraríamos ante un extraño género de contrato laboral: sería válido pero ineficaz o es un “contrato nulo en el fondo”⁷⁷. Finalmente, otra doctrina aporta una interpretación restrictiva del propio artículo 36.3 por imposición de numerosos requisitos. Sólo se establecería como consecuencia la validez del contrato laboral cuando se carezca de permiso de trabajo, su caren-

(73) Francisco GÓMEZ ABELLEIRA: septiembre de 2002, p. 110.

(74) BOE de 21 de noviembre de 2003.

(75) REAL DECRETO 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE 21-7-2001 y Correc. de errores en el BOE 6-10-2001).

(76) Se puede consultar en www.extranjeria.info/inicio/index.htm.

(77) Posiciones precisamente expuestas por Margarita TARABINI-CASTELLANI: 2003, p 4.

cia sea atribuible al empresario y se cumpla con el resto de requisitos establecidos en la legislación de extranjería⁷⁸.

Curiosamente, a estas primeras interpretaciones doctrinales se contraponen los primeros fallos judiciales fundamentados en este artículo 36.3 de la LOEx, como el del TSJ de Cataluña su Sentencia de 14 de mayo de 2002⁷⁹. En un cambio de papeles, la jurisprudencia nos ofrece una interpretación coincidente con la realidad social (el TSJ de Cataluña se explaya en argumentos gramaticales, sistemáticos, históricos y sociológicos) y con el objetivo de política social que persigue la norma (en general, evitar aquellas contrataciones que permitirían eludir los deberes inherentes a una relación de derecho laboral y en particular, desanimar al empresario que pretenda beneficiarse con la contratación de extranjeros en situación irregular –que se considerará como falta muy grave con multa de hasta 60.000 euros–).

Resultado de ello, un extranjero sin permiso de trabajo ni residencia, que fue contratado verbalmente por una empresa para realizar diversos trabajos, es despedido verbalmente. En apelación se opta por considerar, al margen de la situación administrativa del extranjero, que “el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador”; de esta manera se consigue “asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales”, con independencia de las consecuencias y responsabilidades penales y administrativas que pueda originar la contratación de un trabajador extranjero irregular –STSJ de Cataluña–. De ello se deriva el concreto derecho de indemnización por causa de despido improcedente que se solicitaba en el *petitum*.

“Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido; (...) introduciendo con ello una radical diferencia respecto a la regulación anterior con la que claramente se quiere indicar que el contrato de trabajo no quedará invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantienen por ello íntegros y sin limitación.”

Más significativa todavía, es la Sentencia del TS de 9 de junio de 2003 cuyas afirmaciones permiten afirmar, respecto de la obstinada jurisprudencia anterior, que se ha producido un cambio radical en relación con la consideración de la relación laboral de los trabajadores migrantes en situación irregular: “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo”.

(78) M.^a Teresa DÍAZ AZNARTE: “Acción protectora de la seguridad social en supuestos accidentes de trabajo respecto a extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena” en *Actualidad Laboral*, n.º 43, 2001, 788.

(79) AS 2002\1974. Vid. los comentarios de Margarita TARABINI-CASTELLANI AZNAR: 2003, pp. 1 y ss. y M.^a Lourdes ARASTEY SAHUN: “El despido de los trabajadores *extranjeros* (extracomunitarios) sin permiso de *trabajo* tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero” en *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 2002, n.º 142, pp. 33 y ss.

Volviendo a la norma fundamental –el artículo 36.3 de la LOEx que ha originado dicho cambio– dice RODRÍGUEZ-PIÑERO, que de su redacción se deriva un efecto posiblemente impensado en cuanto al alcance de la validez del contrato de trabajo por falta del permiso, una consecuencia que se establece como regla general y que se deberá aplicar en todo caso (puesto que, en todo caso, la responsabilidad de la falta del permiso recae sobre el empresario)⁸⁰. Se avisa que estamos ante “una norma revolucionaria como pocas en nuestro derecho de extranjería”⁸¹.

IV. CONFORMACIÓN DEL *STATUS* LABORAL MÍNIMO PARA SITUACIONES DE IRREGULARIDAD

A) La conveniencia de su reconocimiento

¿Se puede hablar de una “revolución” en el Derecho de extranjería? Revolución no tiene porqué ser sinónimo de conmoción sino de transformación en sus diferentes grados: corrección, rectificación, evolución, alteración o reforma.

El punto de partida son los planteamientos restrictivos de la condición laboral del inmigrante irregular, centrados básicamente, en el único reconocimiento de relaciones jurídico-privadas, lo que evita reconocer al extranjero los derechos derivados de su condición de trabajador, negándole la protección del Derecho Laboral español y el acceso a las determinadas prestaciones de la Seguridad Social⁸². Frente a lo anterior, el artículo 36.3 de la LOEx traduce otra *policy* social basada en la integración.

El pleno desarrollo de este artículo podría afectar al ámbito no solo laboral sino a la situación administrativa del trabajador irregular para convertirse en un mecanismo jurídico de primer orden para lograr unos efectos devastadores: la erradicación de la extranjería laboral irregular y esto sí generaría una revolución. Esta afirmación es fácilmente comprobable. Un trabajador migrante irregular sería considerado como trabajador con contrato laboral válido (*status* laboral del irregular); desde esta lógica, baste el simple reconocimiento de este *status* y añádanse las halagüeñas consecuencias que esto conllevaría en relación con otros ámbitos de la extranjería: se demostraría un arraigo del extranjero, supondría el reconocimiento de determinados derechos laborales y de prestaciones sociales tanto estatales como autonómicas y ¿por qué no? el reconocimiento de una mejor situación jurídica ante una eventual regularización⁸³. Esta oportunidad para lograr el reconocimiento (y la protección) de un *status* frente a la anterior situación de precariedad, provocaría la denuncia y el abandono de situaciones de irregularidad por

(80) Vid. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: 2001, y “El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios” en *Relaciones Laborales*, 2000, n.º 22, pp. 1 y ss.

(81) Cita en Margarita TARABINI-CASTELLANI AZNAR: 2003, p. 4.

(82) Margarita TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2003: p. 5.

(83) Alguna doctrina afirma incluso que la validez del contrato “sería incompatible con la posible expulsión del inmigrante irregular”; Vid. M.ª del Mar RUIZ CASTILLO: abril-junio 2003, p. 35, nota 59.

parte de los propios trabajadores migrantes –único método eficaz para hacer desaparecer completamente la migración laboral irregular–.

Esta hipotética situación conlleva determinadas consecuencias, sin duda, positivas desde el punto de vista del trabajador migrante. Pero, ¿se consideran y aceptan los efectos que una situación sin migración irregular conllevaría sobre las economías de los Estados?, ¿no supondría ello un incentivo que acrecentaría la venida de migración irregular?, ¿se aceptaría que fuese éste el mecanismo a través del cual se produciría una posterior regularización⁸⁴ de situaciones de irregularidad? En definitiva, ¿es ésta una posibilidad real?

Para responder estas cuestiones se debe valorar, en primer lugar el nivel de aceptación sociológico de un cambio de tendencia en materia de inmigración⁸⁵. En este ámbito, el sentir general de la población española, en relación con las situaciones irregulares de inmigración, puede calificarse de egoísta: “por un lado, en su dimensión económica se comienza a valorar positivamente determinadas incorporaciones al mercado de trabajo (los extranjeros son necesarios para cubrir puestos de trabajo rechazados por los españoles) y, sin embargo, en su dimensión social, y más concretamente en el ámbito de las prestaciones, cada vez se valora más negativamente la presencia de la población extranjera, en particular la calificada como irregular”⁸⁶.

Ante las posibles negativas consecuencias que conllevarían políticas de integración radicales, considero que, desde el punto de vista de su situación administrativa, sólo caben dos alternativas desde las que enfrentarse a la cuestión de la migración laboral irregular. La primera consistiría en mantener bolsas de trabajadores migrantes irregulares que serían controladas cuantitativamente mediante regularizaciones *ad hoc* cada cierto tiempo (aproximadamente 5 años según se deriva de las fechas de las producidas en España –años 1985, 1991, 1996 y 2000–). La inmigración se mantendría en bolsas de precariedad laboral absoluta con la esperanza de que una decisión del Ejecutivo resolviese su situación y los convirtiese en “legales”. En relación con este tipo de medidas, pueden parecer un factor de integración pero también un incentivo para la sucesiva migración ilegal⁸⁷.

(84) El artículo 36.3 de la LOEx como posible mecanismo “vía de regularización (de hecho, si se quiere) indirecta”; vid. M.ª del Mar RUIZ CASTILLO: abril-junio 2003, p. 36.

(85) “Where interests of receiving states and of immigrants are assumed to coincide perfectly in favour of the transition an automatic procedure will be adopted as the most adequate one.(...) In both discretionary and optional procedures state and individual interests converge towards the transition only for certain groups. The important difference between these two forms lies in the balance of power. In discretion state authorities have the last word in deciding on an application. In optional transitions the last choice is the individual’s after the state has identified him or her as entitled to a higher status”. *The integration of immigrants* (<http://www.social.coe.int/en/cohesion/action/publi/migrants/legal.htm#transit>).

(86) Concha CARRASCO CARPIO: 2002, p. 34.

(87) COM (2003) 336 final.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

I

En segundo lugar, otro tipo de soluciones consiste en fomentar mecanismos de integración progresiva respecto de estas poblaciones de tal manera que entre un estado de irregularidad absoluta y otro tras la regularización, permanezca un *status* mínimo que favorezca la integración de la población migrante en situación irregular. Por ello, la norma no la considero revolucionaria por no ser una norma que pueda afectar a la situación administrativa de los inmigrantes en situación irregular. No obstante, la norma sí que puede tener importantes consecuencias desde el punto de vista jurídico laboral y de protección social. Para hablar en su justa medida de revolución, se debe considerar hasta dónde llegan las consecuencias jurídicas de este “cambio” protagonizado por el trascendente artículo 36.3 de la LOEx.

Jurisprudencialmente, en el tenor literal de la Sentencia de 14 de mayo de 2002 del TSJ de Cataluña ya se ha planteado: “esta situación (*irregularidad*) no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantienen por ello íntegros y sin limitación”. En el desarrollo de este planteamiento (la extensión y amplitud de las relaciones jurídicas que origina la contratación de un trabajador extranjero en situación irregular), no se zanja la cuestión y el mismo Tribunal se planteará “1º) Si tal precepto legal (artículo 36.3, de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000) va más allá que lo prevenido en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores (*derechos salariales*). 2º) Si en todo caso, la «acción de despido» no podría significar, en casos de carencia de los preceptivos permisos de residencia y trabajo, una cierta «rehabilitación» *a posteriori* del contrato; y entonces, no conllevar sino exclusivamente la prevista indemnización, *ex* artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores; o ni siquiera tal indemnización «tasado». En el esclarecimiento de las consecuencias que conllevaría el pleno desarrollo del artículo 36.3 de la LOEx, desafortunadamente, los Tribunales no se definen: “la Sala entiende que habida cuenta de lo antes expuesto, no tiene que pronunciarse en uno u otro sentido”⁸⁸.

Desde el punto de vista jurídico laboral, no están claras en la actualidad las consecuencias de este artículo 36.3 y sólo su desarrollo judicial permitirá hablar de revolución. La configuración de un *status* laboral de la población migrante irregular es una opción de política de extranjería cuya conformación le corresponde al Poder judicial. En esta situación, habrá que esperar a que los representantes de los inmigrantes soliciten el reconocimiento de derechos sociales y laborales como a que las autoridades judiciales los concedan. Pero también hay que decir que la STS de 9 de junio de 2003, permite ser optimista en un pronto reconocimiento de derechos sociolaborales que permitirán afirmar la existencia de este *status* laboral mínimo que puede ser utilizado, además, como mecanismo que consiga una mayor justicia en cada caso concreto.

Otro dato que nos hace inclinarnos en favor de estos mecanismos progresivos –la conformación de un *status* laboral mínimo– proviene de la Comisión Europea que en su reciente Comunicación de 3 de junio de 2003, parece partir de ciertas premisas como la imposible erradicación de la migración irregular, de los peligros de estas situaciones y termina recordando el nivel mínimo de protección asimilable: “*It should be remembered that illegal immigrants are protected by universal human rights standards and should enjoy some basic rights e.g. emergency healthcare*”

(88) STS] de Cataluña de 30 mayo de 2002 (AS 2002\1993).

and primary school education for their children”. De esta declaración, se deducen dos consecuencias: la primera, que no está en la mente europea mantener en el anonimato jurídico a la población migrante irregular; en segundo lugar, se menciona la existencia de unos “derechos básicos”. ¿Podría considerarse un *status* laboral mínimo como uno de los *basic rights* que indica la Comisión?

B) El *status* laboral mínimo en el ordenamiento jurídico español actual

a) Reconocimiento de derechos laborales

Cuando el artículo 36.3 de la LOEx se refiere a “derechos laborales”, existe la tentación de equiparar esta expresión con la de todos y cualquiera de los derechos que surgen de una relación laboral válida. La realidad es más restrictiva.

A. ORELLANA⁸⁹, en relación a los derechos de los trabajadores que quedarían salvaguardados para los extranjeros en situación irregular, establece que serían aquellos relativos al derecho al salario –con responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial–, a la indemnización por despido improcedente y los salarios de tramitación.

La consecuencia de un despido improcedente, además de la consiguiente indemnización, es la readmisión del trabajador. Sin embargo, se afirma que la readmisión del trabajador no sería aceptable ya que no es posible readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían al producirse el despido pues éstas eran ilegales. Con la actual normativa, la readmisión plantearía “problemas de difícil solución” y por tanto, habrá que esperar a “un reconocimiento jurisprudencial que aún no se ha producido”. Pero se reconoce la legalidad de aquellos supuestos en los que el trabajador podría abonar la multa por haber cometido la conducta tipificada en el artículo 53.b) de la ley de extranjería y debería ser readmitido en su puesto de trabajo⁹⁰.

Considero que la readmisión no es un mal resultado si el objetivo es preservar los derechos sociolaborales del trabajador extranjero o si lo que se pretende es erradicar la práctica de empresarios que buscan el beneficio económico sin ningún tipo de escrúpulo. En la práctica, una interpretación jurisprudencial en el sentido aludido, conduciría a que el trabajador irregular tendría una posible vía para acceder a una situación estable tanto desde el punto de vista laboral (sería readmitido en su puesto de trabajo) como administrativa (si se le permitiese la obtención de los correspondientes permisos). Si esta interpretación no se produjera, siempre queda utilizar la situación laboral como una prueba más del arraigo del migrante para futuras regularizaciones.

(89) Ana María ORELLANA CANO: “Régimen jurídico de los permisos de *trabajo de extranjeros*” en *Actualidad Laboral*, 2003, pp. 19 y ss.

(90) Ana María ORELLANA CANO: 2003, p. 17.

b) Reconocimiento de prestaciones de protección social

a') Asistencia sanitaria

El artículo 12 de la LOEx reconoce el derecho de asistencia sanitaria, distinguiendo diversas prestaciones debidas a los extranjeros sin consideración a su situación de regularidad o no (1) “extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente” que tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles; (2) “extranjeros que se encuentren en España” que tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia⁹¹ ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica⁹²; (3) “extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España” que tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles⁹³; y (4) “extranjeras embarazadas que se encuentren en España” que tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto⁹⁴.

En desarrollo de este derecho a la asistencia sanitaria, se ha dictado normativa autonómica que establecen su ámbito de aplicación en función de distintas conexiones. Podemos diferenciar 3 tipos. Así, existe normativa que se aplicará a los “residentes” en la Comunidad Autónoma (artículo 3 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón o artículo 3 de la Ley 8/2000, de 30 noviembre, de Castilla la Mancha); otra, se aplica en función de que tengan “vecindad administrativa” (artículo 4 de la Ley 2/2002, de 17 de abril de La Rioja).

La conexión más llamativa a efectos del Derecho de extranjería (en tanto que hay que interpretarla de forma que extienden los derechos de asistencia sanitaria contemplados en la propia Ley) es la que determina la aplicación de la ley autonómica a los “residentes..., con independencia de su situación legal o administrativa” (artículo 2 de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Extremadura; artículo 2 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de las Islas Baleares o artículo 1 de la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, de la Comunidad Foral Navarra).

(91) “Por asistencia urgente debemos entender toda aquella situación de tratamiento médico que deriva de un hecho súbito e imprevisible que produce una situación de riesgo. Podría hablarse de situación patológica que exige de una acción terapéutica inmediata o de una perentoria necesidad de tratamiento. De este modo, y a nuestro juicio, la imprevisibilidad de la dolencia y la inmediatez del tratamiento requerido se convierten en presupuestos fundamentales sobre los que se asienta la noción de urgencia legalmente tutelada”. Vid. Jesús MERCADER UGUINA, 2001, p. 63.

(92) Siguiendo el tenor del artículo 28 del Convenio de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990. Este convenio, en vigor desde el 1 de julio de 2003, no ha sido ratificado por España.

(93) Siguiendo el tenor del artículo 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

(94) Siguiendo el tenor del artículo 9 del Convenio 102 de la OIT.

Por último, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros encuentra una regulación por menorizada (y de forma más amplia que en la LOEx) en el artículo 7 del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de Cataluña. Paralelamente a la LOEx, se establecen distintos grupos de extranjeros a los que se les aplican diversas modalidades de atención sanitaria en función de criterios de localización distintos: “derecho de los extranjeros que se encuentren en Cataluña, inscritos en el padrón de un municipio de Cataluña en el que residan habitualmente, a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos, (...) sin que, en ningún caso, se les pueda exigir el cumplimiento de otros requisitos adicionales”, derecho de asistencia sanitaria de “los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en el territorio de Cataluña (...) sin que, en ningún caso, se pueda condicionar el reconocimiento de este derecho a la inscripción en el padrón del municipio donde residan ni a ningún otro requisito adicional”, “extranjeras embarazadas que se encuentren en Cataluña durante el embarazo, el parto y postparto, (...) sin que, en ningún caso, se pueda condicionar el reconocimiento de este derecho a la inscripción en el padrón del municipio donde residan” y, por último, “los extranjeros que se encuentren en Cataluña, no residentes y que no estén incluidos en ninguno de los colectivos referidos en los apartados anteriores, a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, sea cual sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica, de conformidad”. La regulación catalana es paralela a la de la Comunidad Valenciana que, además, especificaba en el artículo 2.2 del Decreto 26/2000, de 22 de febrero, que “los extranjeros no empadronados que se encuentren en la Comunidad Valenciana tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. No obstante lo anterior, la Consellería de Sanidad ampliará la cobertura sanitaria para este colectivo, cuando carezca de recursos económicos, a las condiciones señaladas en el apartado 2.1, mientras normalizan su situación administrativa”.

b') Otras prestaciones de protección social

Para determinar qué derechos asistenciales son de disfrute del trabajador extranjero, el artículo 10 expresa con carácter general que “los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. Pero el artículo específico de referencia es el 14 de la LOEx que distingue entre prestaciones y servicios de la seguridad social y prestaciones sociales y servicios (de carácter general o básico) y establece que estos derechos lo son respecto de “extranjeros residentes”. Sin embargo, en el párrafo 3º se reserva que “los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”⁹⁵. Completa la normativa de referencia el artículo 36.3 de la LOEx que utiliza un con-

(95) Vid. Eduard SAGARRA TRÍAS: “La Legislación española de 2001 sobre Extranjería e Inmigración” en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2002, pp. 61 y ss. (p. 101): “En el artículo 10.1 de la LODYLE 8/2000 se reconoce el derecho al trabajo y acceso a la Seguridad Social, siempre que el extranjero reúna los requisitos de la Ley, es decir, únicamente si se halla en España regularmente. Esta desigualdad no es inconstitucional y es correcta de conformidad a la STC 107/89. En cuanto a la Seguridad Social, la LODYLE 8/2000 limita el derecho a sus prestaciones y a los servicios sociales a quienes tengan la condición de residentes en igualdad de condiciones que los españoles (artículo 14.1), tanto las generales y básicas como las específicas

cepto jurídico por determinar: “los derechos del trabajador extranjero” que no quedan merma- dos por la carencia del correspondiente permiso de trabajo.

En relación con los derechos de protección socio-laborales, el doble requisito empleado acumu- lativamente para discernir la posibilidad de disfrute de estas prestaciones es, por una parte, la existencia de residencia (se entiende que legal) por parte del trabajador migrante; por otra, como nos encontramos con supuestos donde no va a existir alta en la Seguridad Social –con independencia de la obligatoriedad de cotizar⁹⁶–, su reconocimiento dependerá de si es aplica- ble a esa concreta prestación el principio de automaticidad de las prestaciones. Con este plante- amiento, MERCADER considera que el principio de automaticidad es aplicable a las contingen- cias profesionales y a la protección por desempleo⁹⁷. Sin embargo, las prestaciones no contribu- tivas, no se consideran aplicables al trabajador migrante irregular en tanto que se exigen los requisitos de residencia legal además de un período mínimo de residencia⁹⁸.

En cuanto a las prestaciones por desempleo, la construcción teórica incide en que el trabajador tiene que ser desempleado para poder beneficiarse de la prestación –“quien no cuenta con ellas (autorizaciones de residencia y trabajo) carece de un requisito necesario para ser desemplea- do”–. Finalmente, desde la STS de 21 de diciembre de 1994⁹⁹, se relajan los requisitos y se condi- ciona la situación de desempleado (y, por tanto, la percepción del subsidio) a que el inmigrante tenga permiso de residencia que le permitirá “la posibilidad de trabajar”; de lo contrario, y a falta de disposición internacional que estableciese otra consecuencia (recepción de las prestacio- nes fuera de España, p. ej.), se produciría la extinción de dicha prestación¹⁰⁰.

En relación con las denominadas rentas de inserción, la legislación de las Comunidades Autó- nomas establecen los requisitos que tienen que cumplir los beneficiarios de estas prestaciones, aludiendo alguna norma, expresamente, a la figura del extranjero. Estos requisitos van desde la

(artículo 14.2). Los servicios y prestaciones sociales básicas –no las sanitarias– es un derecho que goza cualquier extranjero, sea cual sea su situación administrativa. Entendemos que los residentes tendrán, en virtud de la nueva regulación, el dere- cho a las prestaciones no contributivas que hasta ahora se discutía. También tendrán todas las prestaciones y servicios que contempla el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (Texto Refundido de la Seguridad Social), inca- pacidad temporal, maternidad, invalidez, jubilación, desempleo, etc. Las dudas que pudieran haber surgido entre la Ley de Extranjería y el Estatuto de los Trabajadores respecto a determinados beneficios y derechos con la Seguridad Social en el trabajo han quedado disipados, y únicamente podrán ser beneficiosos si los inmigrantes son regulares”.

(96) En relación con la obligación de cotizar en supuestos de trabajo en situación irregular, la Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo es favorable a reconocer esta obligación aunque el trabajador sea irregular; sin embargo, la Jurisdicción de lo Social genera la conclusión contraria (vid. Jesús MERCADER UGUINA, 2001: pp. 30 y ss.).

(97) Vid. Jesús MERCADER UGUINA: 2001, p. 37.

(98) Vid. VV.AA.: *Tratado práctico de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, 2002, pp. 1840 y 1647, respectiva- mente. Sin embargo, la STS de 25 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6887) no reconoce tampoco las prestaciones por desem- pleo.

(99) RJ 10349.

(100) Vid. Jesús MERCADER UGUINA: 2001, p. 39.

exigencia de residencia legal durante un período de tiempo determinado, residencia legal sin consideración temporal, residencia o residencia efectiva y empadronamiento. Sólo una interpretación amplia del requisito de “residencia” como situación fáctica en aquellos casos en los que no se exige que sea legal, permitiría extender estas prestaciones a los inmigrantes irregulares.

Como ejemplos de la situación autonómica, el artículo 3 del Decreto 198/1999, de 20 de abril, del País Vasco establece: “para los ciudadanos que no lo sean de la Unión Europea, será necesario cumplir las condiciones previstas en el párrafo anterior o acreditar tres años de residencia legal en la Comunidad Autónoma, de los cuales doce meses han de ser inmediatamente anteriores a la solicitud”. El artículo 9 de la Ley 9/1991, de 2 de octubre, de Galicia exige que “Los ciudadanos de otros estados precisarán, además, el correspondiente permiso de residencia en España con cinco años de antelación a la fecha de la formulación de la solicitud”. El mismo requisito de residencia legal aunque sin necesidad de plazo temporal en la Comunidad se repite en el artículo 2 de la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de la Comunidad de Madrid; artículo 4.1.b) del Decreto 306/1998, de 1 de diciembre, de Cataluña; el Decreto 24/2001, de 20 de abril, de La Rioja establece en su artículo 2 que “Los/las solicitantes extranjeros/as deberán acreditar la residencia legal en España”; en el mismo sentido, el artículo 4 del Decreto 164/1997, de 22 de agosto, de Castilla y León sobre ingresos mínimos de inserción sólo se refiere a “extranjeros que residan legalmente en Castilla y León”. Sin embargo, el artículo 6 del Decreto 117/2001, de 28 de septiembre, de las Islas Baleares no parece exigir expresamente residencia legal sino que “estén empadronadas o se empadronen en el momento de hacer la solicitud de prestación en cualquiera de los municipios de las Illes Balears” y “residencia continuada y efectiva en las Illes Balears”; en el mismo sentido, el artículo 3 del Decreto 65/1998, de 5 de noviembre, de la Región de Murcia condiciona esta ayuda a “Residir y figurar empadronadas de forma continuada en cualquiera de los municipios de la Región de Murcia, al menos un año antes de la presentación de la solicitud”. Por último, el artículo 2 del Decreto 57/1994, de 23 de marzo, de Aragón exige “estar empadronado y tener residencia efectiva, al menos con un año de antelación a la formulación de la solicitud, en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Aragón”.

Por último, respecto de la aplicación de los mecanismos de protección social en supuestos donde un trabajador extranjero irregular sufre un accidente laboral o una enfermedad profesional, se ha titubeado sobre su reconocimiento puesto que el extranjero irregular no tenía la condición de trabajador por cuenta ajena¹⁰¹. En su análisis de la Jurisprudencia que aplicaba la LOEx 7/1985, MERCADER extrae como conclusiones que se había producido el reconocimiento indubitado de las prestaciones por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo pero, en relación a las prestaciones por incapacidad permanente, la jurisprudencia era muy diversa¹⁰².

(101) STSJ Aragón de 14 de septiembre de 1995 (Ar. 3296).

(102) Vid. Jesús MERCADER UGUINA: 2001, pp. 33 y ss.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

I

No obstante, hoy considero asentada esta protección por contingencias profesionales en todo caso y no dependiendo de la situación de regularidad o no del trabajador extranjero. Esta conclusión se ampara en el principio de igualdad de trato en materia de protección social que se proclamaba en los artículos 8, 9 y 69 del RD 155/1996, con el rescate de viejas normas que todavía utilizan el criterio de la reciprocidad –como el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966–, o utilizando normativa de origen convencional ratificada por España (artículo 6 del Convenio 97 de la OIT que establece la obligación de “un trato no menos favorable” y artículo 1 del Convenio 19 de la OIT que recoge el principio de nación más favorecida)¹⁰³. De ahí, es posición asentada que todo extranjero, con o sin residencia legal, queda protegido frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales¹⁰⁴.

Pero la argumentación normativa no debe esconder que estas prestaciones se consideran inherentes (básicas) a la existencia de una relación laboral. La jurisprudencia se ha referido a una “tendencia a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, poniendo el acento en la prestación de servicios por cuenta ajena, que genera una determinada protección social, y no en la suscripción de un contrato de trabajo, cuya nulidad produce, como regla general, efectos *ex nunc*, no *ex tunc*, cuando se trata del reconocimiento de derechos derivados de un accidente de trabajo, por lo que esta Sala no puede sino (...) concluir que conforme al citado principio de igualdad de trato, todo extranjero, aun sin permiso de trabajo, debe quedar protegido frente a los accidentes de trabajo”¹⁰⁵. El Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 9 de junio de 2003, emplea una lógica aplastante: “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”.

Por ello, los mecanismos de protección social en supuestos donde un trabajador extranjero irregular sufre un accidente laboral o una enfermedad profesional, debe ser considerada como una de las prestaciones básicas a las que se refiere el artículo 14.3¹⁰⁶ y se incluía como uno de los “derechos laborales” del artículo 36.3 de la LOEx en su redacción anterior a la LO 14/2003. De hecho, la jurisprudencia española ha considerado que la aplicación del artículo 36.3 condiciona

(103) Artículo 6 del Convenio 97 de la OIT que establece la obligación de “un trato no menos favorable que el que se aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes: la Seguridad Social (es decir, las disposiciones legales relativas a los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, al desempleo y a las obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social”. Artículo 1 del Convenio 19 de la OIT: “conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo”.

(104) Pilar CHARRO BAENA: 1999, p. 2948.

(105) Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de junio de 2001 (AS 2001\2537).

(106) Una sintética visión general en Belén ALONSO GARCÍA: “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2002 n.º 110, pp. 195 y ss.

el reconocimiento tanto de derechos laborales (la indemnización por despido improcedente –STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002–) como de prestaciones sociales por incapacidad temporal (STS de 9 de junio de 2003). Con la nueva redacción dada a este artículo 36.3 por la LO 14/2003 este planteamiento encuentra acomodo en la expresión literal del precepto en tanto se aseguran tanto “los derechos del trabajador” como “las prestaciones que pudieran corresponderle”.

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL STATUS LABORAL MÍNIMO

Finalmente, se plantea una cuestión de primer orden. ¿En qué momento un trabajador migrante pasa de un *status* de mínimos a otro de equiparación? ¿Existe algo anterior a un *status* mínimo de trabajador migrante? Para responder a estas cuestiones es necesario cuantificar cuántos son los niveles de protección socio-laboral o, de otro modo, delimitar cuándo se aplica el *status* del trabajador migrante. La respuesta debe provenir del Derecho de Extranjería.

El argumento normativo de primer orden, es aquí el artículo 64.2 del REx. El planteamiento de partida consiste en mantener al sujeto trabajador migrante como el eje de la actuación jurídica aunque esté caracterizado de irregular. En el artículo 64 se establece qué es trabajador extranjero y lo hace sin ninguna consideración acerca de su situación administrativa de legalidad o ilegalidad: “toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, que ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, y laboral o profesional, por fuerzas propia o ajena”. La amplitud de esta definición podría ser pervertida si se permite que la carencia de ciertos requisitos de orden administrativo (permiso de trabajo, permiso de residencia, falta de su renovación, no correspondencia entre el trabajo desempeñado y el tipo de permiso,...) la vaciara de contenido.

Como segundo argumento, se puede añadir que desde un punto de vista normativo, sancionar con la no aplicación de ninguna norma laboral aquellos supuestos en los que se produzcan irregularidades en los permisos exigidos, es excesiva y no se deriva de la legislación de extranjería. Según el artículo 36 de la LOEx y los artículos 64.2, 66 y 67 del Reglamento, el único requisito de carácter administrativo plenamente exigible es el permiso de residencia o autorización de estancia¹⁰⁷. En definitiva, el ámbito de un *status* laboral mínimo del trabajador migrante irregular podría aplicarse a partir del momento en que el extranjero es titular de una autorización de estancia o de un permiso de residencia temporal o de cualquier permiso de trabajo que no legaliza la situación del inmigrante porque no se corresponde con la actividad desarrollada.

Este planteamiento origina la existencia de tres niveles sociolaborales: un primer nivel, para aquellos trabajadores emigrantes que no han obtenido ninguna de la documentación a la que se alude; aquí, el extranjero tendría lugar a “los servicios y prestaciones sociales básicas” –artículo 14.3 de la LOEx– y a la asistencia sanitaria en las condiciones previstas en el artículo 12 de la LOEx.

(107) Este aspecto encuentra un profundo estudio en Ana María ORELLANA CANO: 2003.

De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular

I

Un segundo nivel que abarca los trabajadores inmigrantes cuya documentación no se corresponda al detalle con la exigible por la normativa de extranjería; estos trabajadores disfrutarían, además, de los “derechos laborales” y “prestaciones” mencionadas en el artículo 36.3 de la LOEx. Por último, aquellos inmigrantes que cumplan escrupulosamente con los requisitos de permisos y autorizaciones, equiparados en derechos, básicamente, a nacionales de la UE.

Otra opción consistiría en reducir de tres niveles sociolaborales a dos, desapareciendo el nivel más inferior. Estos dos niveles se corresponderían con un concepto amplio de trabajador migrante irregular (sin cualquiera de los permisos o autorizaciones previstas en la Ley) o trabajador migrante en situación legal. El *status* mínimo se aplicaría a aquellos trabajadores inmigrantes irregulares cualquiera que fuese su situación administrativa y un *status* de plena integración a partir del momento en el que fueran titulares de la documentación exigible. Pero esta opción es engañosa y conduce a una interpretación restrictiva del artículo 36.3 de la LOEx.

Recordemos que se exige cierta documentación administrativa para disfrutar de los “derechos del trabajador” –artículo 36.3 de la LOEx– aunque no de “los servicios y prestaciones sociales básicas” –artículo 14.3 de la LOEx–. Eliminado el *status* laboral mínimo del que podría disfrutar el trabajador migrante irregular (con un permiso de trabajo que no se corresponde con la actividad desarrollada o de una autorización de estancia o de un permiso de residencia temporal), los “derechos del trabajador” y las “prestaciones” a las que se refiere el artículo 36.3 de la LOEx podrían ser interpretados sólo en su vertiente asistencial y en nada se diferenciarían de “los servicios y prestaciones sociales básicas concedidas” “cualquiera que sea su situación administrativa” o de aquéllas relativas a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales reconocidas vía convenios internacionales. En este sentido, la utilización del artículo 36 de la LOEx sólo argumentaría *ad abundantiam* el reconocimiento de prestaciones que ya existen por otras vías.

En conclusión, sólo si se define por la jurisprudencia qué “derechos laborales” y qué “prestaciones” conforman un *status* laboral mínimo y éste se aplica a determinados trabajadores migrantes en situación irregular, se produciría una mejora de la situación del trabajador extranjero irregular. Ésta es la vía emprendida por la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 y ratificada –si bien, en función del *petitum*, en su vertiente de reconocimiento de prestaciones sociales– por la STS de 9 de junio de 2003.

Por todo lo anterior, cabe afirmar que el artículo 36.3 de la LOEx no es una norma revolucionaria pero sí puede ser utilizada por los operadores jurídicos –jueces y abogados– para conseguir un plus de protección ante las situaciones de precariedad de los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad, que no es poco.

VI. CONCLUSIÓN

Existen herramientas suficientes para mitigar en cierto grado las situaciones de precariedad laboral de la migración irregular. En España, el sistema plurilegislativo autonómico, permite un margen de actuación suplementario a las Comunidades Autónomas y su normativa está extendiendo la protección asistencial a los trabajadores migrantes irregulares. A nivel estatal, el

artículo 36.3 de la LOEx puede hacer operativo un marco de derechos laborales y prestaciones en supuestos de trabajadores extranjeros sin las correspondientes autorizaciones. Además del plano normativo, la relatividad propia de un Derecho de la globalidad trasciende a la vertiente judicial; será preciso definir qué y cuáles son los “derechos del trabajador extranjero” y “las prestaciones” a las que se refiere el tan manido artículo 36.3; reconocer qué situaciones o conductas son merecedoras de ser calificadas de situación laboral irregular, qué trabajadores extranjeros tienen derecho a un conjunto de derechos mínimos que les serían de aplicación. Esta obligación de desarrollar un *status* laboral mínimo, depende del nivel de reconocimiento por parte de la Jurisdicción española, como se deriva desde la propia LOEx.

Pero las herramientas jurídicas, en ocasiones, no son suficientes. Dice MERCADER que “justo a las puertas de la nueva aldea global de base tecnológica encontraremos un creciente número de seres desesperados y sin futuro”. Para hacer frente a esta situación, se alude a “los valores” de una sociedad. Con un planteamiento jerárquico de valores, se priman unos sobre otros: la “solidaridad con el inmigrante” genera unas consecuencias distintas a las que origina la primacía de la visión económica del fenómeno. Sin embargo, una Ciencia del Derecho basada en la defensa de un valor frente al resto, una visión jerárquica de las cuestiones, falla por su falta de realismo. Para enfrentarnos a problemas complejos como el de la inmigración irregular, nos queda, como dice este autor, “la ciencia del devenir (...), la ciencia de la globalidad, en la que todas las variables son de tipo holístico, según el cual cada elemento depende del conjunto y todo está interrelacionado”¹⁰⁸. Con esta directriz, la consecuencia fundamental para el Derecho de un país de recepción de inmigración irregular consiste en afrontar este desafío y no obviar unas situaciones que son, al margen de su calificación jurídica y humana, reales.

(108) Vid. Jesús MERCADER: 2002, p. 33.

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León
(ddpaar@unileon.es)

II

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ya no es competente para conocer del reconocimiento de las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras

RESUMEN

LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO YA NO ES COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y ARBITRALES EXTRANJERAS

Han tenido que transcurrir casi ciento cincuenta años para que se produzca el primer cambio legislativo estatal en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y arbitrales. El presente trabajo hace un análisis de esta reforma mediante la cual se atribuye competencia a los Juzgados de Primera instancia. Se parte inicialmente del examen de las dos normas fundamentales: de un lado, del artículo 85.5 de la LOPJ, redactado por la LO 19/2003; y, por otro lado, del artículo 955 de la LEC de 1881, redactado por la Ley 62/2003.

Posteriormente, se indaga acerca de la innovación de la nueva medida con respecto a las normas internacionales de origen institucional y convencional tanto de carácter multilateral como en los Convenios bilaterales. Con dicha comparación se pone de manifiesto que se ha puesto en marcha un proceso de adecuación del régimen interno al régimen previsto en las normas internacionales; y, finalmente, se hacen algunas reflexiones sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de divorcio y su incidencia en el derecho de extranjería haciendo referencia a la próxima sustitución del Reglamento CE 1347/2000 por el Reglamento CE 2201/2003. Además, se incluye un anexo bibliográfico, legislativo y jurisprudencial.

THE SUPREME COURT, 1ST ROOM, IS NO LONGER COMPETENT TO KNOW OF THE RECOGNITION OF THE FOREIGN JUDICIAL AND ARBITRAL RESOLUTIONS

Almost hundred fifty years have had to lapse so that the first state legislative change takes place in matter of recognition and execution of foreign judicial and arbitral resolutions. The present paper analyses this reform by means of which competence is attributed to the 1st Instance Tribunals. Initially we leaves of the exam of two essential norms: on one side, of the article 85,5 of the LOPJ, edited by Organic Law 19/2003, and, on the other hand, of the article 955 of the LEC 1881, edited by Law 62/2003.

Aurelia Álvarez Rodríguez

| II

Later on, it's investigated about the innovation of the new measure with regard to international laws with an institutional and conventional origin so those with a multilateral brand as in the bilateral agreements. With this comparison it's demonstrated that an adaptation process has started from the internal regime to the regime foreseen in the international laws; and, finally, some reflections are made on the recognition of foreign judicial decisions about divorce and its incidence in alienage law making reference to the next substitution of the EU Regulation 1347/2000 for the EU Regulation 2201/2003. Also it's included a bibliographical, legislative and jurisprudential supplement.

SUMARIO

I. Introducción.

II. La Sala 1ª del Tribunal Supremo deja de ser competente para el reconocimiento de las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras. A) Atribución de competencia a los Juzgados de Primera Instancia: el nuevo artículo 85.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. B) Distribución territorial de competencia entre los diversos jueces de primera instancia: el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, redactado por la Ley 62/2003. C) Remisión a la legislación procesal civil para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: artículos 8.6 y 46.2 de la Ley 60/2003

III. La atribución de competencia a los Juzgados de Primera Instancia no es totalmente innovadora. A) Delimitación de supuestos. B) Normas internacionales de origen institucional y convencional multilaterales. C) Diversas fórmulas utilizadas en los Convenios bilaterales. D) Adecuación del régimen interno al régimen previsto en las normas internacionales

IV. Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de divorcio e incidencia en el derecho de extranjería. A) La exigencia del exequátur. B) Sustitución del Reglamento CE 1347/2000 por el Reglamento CE 2201/2003

V. Conclusiones.

VI. Bibliografía.

VII. Anexo legislativo. A) Derecho convencional e institucional de carácter general. B) Régimen convencional bilateral.

VIII. Reseña de algunas decisiones jurisprudenciales.

1. INTRODUCCIÓN

1. En este trasiego normativo al que hemos asistido en los últimos meses de 2003, el legislador español también ha tocado, aunque superficialmente, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil. Desde luego, la reforma se lleva a cabo en dos leyes de vital importancia en las que se incorporan tres disposiciones dispersas e incluso difíciles de hallar –a salvo los buscadores informáticos– que suponen un cambio fundamental en el sistema interno de reconocimiento de sentencias extranjeras: la Sala 1ª del Tribunal Supremo deja de tener competencia en esta materia y pasan a conocer los Juzgados de Primera Instancia. Esta medida es fácil de asimilar y probablemente debería haberse adoptado mucho antes y no haber tenido que esperar casi ciento cincuenta años¹. Ahora bien, el legislador la ha confeccionado con una fórmula extraña utilizando dos leyes: de un lado, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial 1/1985² por la que se incorpora un párrafo 5º al artículo 85 de la LOPJ, y además se deroga el artículo 958.2 de la LEC de 1881; y, por otro

(1) El artículo 955 de la LEC en la versión dada por la Ley de 3 de febrero de 1881 y vigente hasta el 1 de enero de 2004 otorgó la competencia del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras al TS sólo durante 120 años; sin embargo, la regla procedía del artículo 926 de la LEC de 5 de octubre de 1855 por lo que podemos hablar de los casi ciento cincuenta años de poder cuasi exclusivo del TS en esta materia. En concreto, el artículo ahora derogado disponía que: “La ejecución de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras se pedirá ante el Tribunal Supremo. Se exceptuará el caso en que, según los Tratados, corresponde su conocimiento a otros Tribunales”. El tenor literal perseguía, sin duda, como objetivo una uniformidad de criterios o jurisprudencia uniforme. Esa era la razón determinante que llevó a residenciar en los aledaños del TS la ejecución de las sentencias. En todo caso, en los momentos de la aprobación del artículo 926 de la LEC de 1855 también se barajaron otros objetivos: unos, de carácter intangible, –como enaltecer la autoridad moral de las decisiones extranjeras– (vid. La oficiosa Exposición de Motivos de la LEC de 5 de octubre de 1855 que redactó Pedro Gómez de la Serna). En todo caso; en defensa de la centralización en el TS y la eliminación de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y de las Audiencias también se argumentaron otros objetivos, hoy totalmente anacrónicos,; –como la falta en las provincias de libros, de medios, existencia de dificultades para la traducción– (Cf. A. REMIRO BROTONS: *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 276, 278 y 282). En todo caso, la designación del TS, con carácter general, para el reconocimiento procede, sin lugar a dudas, de la existencia de un régimen de reciprocidad negativa que implicaba la apreciación de la actitud del Estado extranjero que sólo podía confiarse, de acuerdo con las concepciones del siglo XIX, al supremo órgano jurisdiccional español; por su parte, la inclusión de la excepción –la posibilidad de que pueda reconocer otro órgano jurisdiccional– se debe poner en relación con el hecho de que en esos momentos estaba vigente el Convenio para el cumplimiento de las sentencias de los Tribunales entre Su Majestad Católica y el Rey de Cerdeña, firmado en Madrid el 30 de junio de 1851. En dicho tratado se atribuía la competencia para el reconocimiento “al tribunal superior en cuya jurisdicción haya de tener lugar el cumplimiento”, esto es, a las Audiencias Territoriales (Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: *Curso de Derecho internacional privado*, vol. II, Oviedo, 1983, p. 333).

(2) *BOE*, n.º 309, 26-XII-2003, pp. 46025-46096. Dicha ley entró en vigor a los veinte días de su publicación, es decir, el día 15 de enero de 2004. Debe tenerse en cuenta que inicialmente el texto del Proyecto y las Enmiendas en el Congreso preveía una *vacatio legis* de tres meses (texto inicial) o de seis meses en las Enmiendas del Senado (vid. Enmiendas n.ºs 135, 383, 489 y 680). Como siempre, la aceptación de una presentada por el GP Popular, la n.º 773 modificó el texto inicial, y la entrada en vigor se aprueba finalmente con la *vacatio* regulada con carácter general en el Código Civil –es decir a los veinte días de su publicación–. De todas formas, el texto de la enmienda mencionada señalaba que la entrada en vigor se produciría “al día siguiente de su publicación” y en la justificación se decía: “modificación de la entrada en vigor, reduciéndose el plazo a veinte días” [*BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 146 (d), de 14 de octubre de 2003, p. 379]. La extensión y las modificaciones de esta ley son excesivamente amplias para poder asimilar todas sus normas en veinte días. Y ello, obviamente, fue puesto de manifiesto por el Diputado Sr. Pedret i Grenzner en su intervención en el Pleno del Congreso en el debate del texto remitido por el Senado. En este Pleno a la hora de aprobación de esta Ley, el Diputado del Grupo Socialista señalaba que: “Por último, a

lado, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social³ al dar una nueva redacción al artículo 955 de la LEC de 1881.

Al referirnos al hecho de que ambas Leyes inciden sobre la ya vetusta Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, cualquier jurista pensaría que esta Ley ya había sido erradicada por vieja de nuestro Ordenamiento. Ciertamente, la práctica totalidad de las normas reguladoras de la jurisdicción contenciosa fueron derogadas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴. Sin embargo, ésta en su disposición derogatoria única. 1.3^a, expresamente establecía la vigencia del arcaico sistema de reconocimiento de sentencias extranjeras previsto en los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881. Obviamente, este mantenimiento tenía visos de ser provisional; en concreto, hasta que se aprobase la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Esta previsión ya debería ser una realidad, ésta habría debido ser aprobada hace varios años, pues la disposición final vigésima de la Ley 1/2000 prevé que, en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales el proyecto de la mencionada Ley; sin embargo, todavía no ha visto la luz, aunque se conozcan algunos anteproyectos.

Es manifiesto, a pesar de la vorágine legislativa de los últimos meses, que no contamos con la nueva legislación española de origen interno sobre cooperación jurídica internacional por lo que la obsoleta ordenación convive con un sistema flexible y casi automático de procedencia internacional, bien de origen convencional –Convenios internacionales multilaterales y bilaterales–, o bien de origen comunitario –Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos 1347/2000, 44/2001 y 2201/2003–, en materia reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en materia civil y mercantil.

Desde el pasado 1 de enero de 2004 nos hemos encontrado con que el artículo 955 de la LEC de 1881 tiene una nueva redacción, la otorgada por la mal llamada “Ley de acompañamiento”, ley que no acompaña sino que reformula –al menos la de 2003– el Ordenamiento jurídico español. El artículo 136 de dicha ley, a la que le ha correspondido denominarse Ley 62 de las sancionadas en este último año –desde el 30 de septiembre se han adoptado treinta y tres leyes ordinarias y diez leyes orgánicas–, procede a establecer los criterios de determinación territorial de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, éstos no estarán facultados ni tendrán competencia en la materia hasta la entrada en vigor por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que se publi-

través de una enmienda de supresión liquidan la disposición final cuarta que salió del Congreso y que significa — como han dicho otros portavoces anteriormente— que se somete al régimen general del Código Civil la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial: 20 días ¿Cree realmente alguna de SS.SS. del grupo de la derecha, cree cualquier persona mínimamente informada, como debo suponer que lo son ustedes, que el conjunto de reformas que introducen en esta ley puede entrar en vigor en 20 días? ¿Cabe esta posibilidad real? No; saben ustedes que no” (*DS, Congreso de los Diputados. Pleno*, n.º 304, de 11 de diciembre de 2003, p. 16083).

(3) *BOE*, n.º 313, 31-XII-2003, pp. 46874-46992; corr. errores *ibid.* n.º 3, 3-I-2004. Dicha ley entró en vigor el día 1 de enero de 2004.

(4) *BOE*, n.º 7, 8-I-2000.

El exequátur ya no es competencia del TS

II

có el 26 de diciembre, pero por su *vacatio legis* no derogó la competencia del TS hasta el 15 de enero de 2004⁵. De esta forma se ha producido un desajuste del sistema –aunque esperemos que sea de escasa importancia dado el estrecho período de tiempo –quince días– entre la vigencia de ambas leyes. Ahora bien, para examinar esta cuestión vamos a seguir un orden cronológico y de esta forma proceder a señalar las modificaciones incorporadas en ambos textos legales que repercuten directamente y diseñan el tema que estamos abordando.

II. LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DEJA DE SER COMPETENTE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y ARBITRALES EXTRANJERAS

A) Atribución de competencia a los Juzgados de Primera Instancia: el nuevo artículo 85.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

2. En concreto, el apartado once del artículo único de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial da nueva redacción al artículo 85 de la LOPJ (competencias de los Juzgados de Primera Instancia) en cuyo apartado 5 se establece que éstos conocerán de:

“5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal.”

Esta norma supone la derogación del artículo 56.4 de la LOJP redacción dada por la Ley Orgánica 1/1985; sin embargo, no se recoge la derogación expresa del 955 de la LEC de 1881, ésta se ha tenido que incluir en la Ley –cajón de sastre– de acompañamiento. Ahora bien, en esta misma LO, la disposición derogatoria única, letra c), procede a la derogación del “párrafo segundo del artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”.

Ambos textos, es decir tanto el párrafo 5º del artículo 85 como la disposición derogatoria única referida al párrafo 2º del artículo 958, no se contenían en el texto del Proyecto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados⁶ ni tampoco posteriormente en toda la tramitación suscitada en el Congreso⁷; de hecho, el texto enviado al Senado seguía sin estas dos disposiciones⁸. De todas formas, en la Comisión de Justicia en el seno de la Cámara Alta, el Senador Sr. Gutiérrez, en su intervención apunta expresamente que:

“(…) he de decir que también se aborda una reforma que en principio afecta a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que quedaba vigente en algunos artículos, relativo a la homologación de sentencias extranjeras, el llamado exequátur, homologación cuya competencia se atribuía a la Sala Pri-

(5) Vid. nota 2.

(6) *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, n.º 146-1, 5 de mayo de 2003.

(7) *Ibid.* n.º 146-13, de 17 de septiembre de 2003.

(8) *BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 146 (a), de 20 de septiembre de 2003.

mera del Tribunal Supremo, excepto en los casos en que los tratados dijeran algo en contra, y he de decir que el tratado que más conjugamos en España es el de Bruselas de 1968 con respecto de los países de la Unión Europea, cuya competencia se atribuía a los Juzgados de Primera Instancia de forma más automática. En la actualidad se descongestiona dicha sala y se atribuye la competencia de forma más uniforme a los juzgados de primera instancia en cuanto a la ejecución de las sentencias y autos que se deriven de tribunales extranjeros.”⁹.

El texto aprobado por el Dictamen de la Comisión de Justicia¹⁰ se refleja en el tenor literal que se adopta en el Pleno del Senado y se convierte en el texto legal que hemos transcrito. Por supuesto, que en el debate suscitado en la sesión plenaria mencionada se insiste de nuevo sobre este aspecto con los siguientes argumentos:

“También se acuerda la homologación a través del exequátur, es decir, derivar la competencia del Tribunal Supremo, que no hace más que anquilosar a este Tribunal, y llevarla al Juzgado de Primera Instancia en uniformidad con el Convenio de Bruselas respecto a las sentencias y autos dictados por los Estados miembros de la Unión”¹¹.

La necesidad de llevar a cabo esta reforma era compartida por todos, tanto por los operadores jurídicos como por sus eventuales destinatarios, y no sólo para proceder a la descentralización y redistribución de competencia de la Sala 1ª del TS¹². Así pues, el párrafo 5º del artículo 85 de la Ley Orgánica 19/2003, del Poder Judicial faculta a los jueces de primera instancia para conocer del reconocimiento de sentencias extranjeras, por tanto supone una derogación expresa del artículo 56.4 de la LOPJ en su redacción anterior y del artículo 955 de la LEC de 1881. De esta forma vemos que la nueva LOPJ atribuía competencia a los jueces de primera instancia pero era difícil de localizar al juez exacto ante el que se debía iniciar el expediente de reconocimiento; es decir, no se recordó la necesidad de proceder a una distribución territorial, pues en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil no fue necesario, en su momento, regular esta cuestión.

B) Distribución territorial de competencia entre los diversos jueces de primera instancia: el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, redactado por la Ley 62/2003

3. Como acabamos de exponer, el Ordenamiento jurídico español no preveía a qué juez de primera instancia le correspondía conocer del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. Obviamente, ello ha provocado la modificación del antiguo artículo 955 de la LEC y se ha aprovechado la magnífica y última oportunidad de no generar incongruencias en el Orde-

(9) *DS, Senado. Comisión de Justicia*, n.º 546, de 7 de noviembre de 2003, p. 7.

(10) *BOCG, Senado*, VII Legislatura, n.º 146 (f), de 12 de noviembre de 2003, pp. 520, y 615.

(11) *DS, Senado. Pleno*, n.º 160, de 18 de noviembre de 2003, p. 10019.

(12) Los atascos del Supremo. Año 2003 julio a septiembre se señala que en esta Sala todavía hay pendientes 14.720 Asuntos. Ciertamente, el colapso es menor que al inicio, que se comenzó con 14.725. Se han resuelto 1.018 casos, pero ingresaron 1.013 nuevos. De aquí que el balance final de pendencia se eleve a 14.720 (*Diario el País*, 8-1-2004, p. 12).

El exequátur ya no es competencia del TS

II

namiento jurídico español incorporando el artículo 136 a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Este último precepto mencionado da nueva redacción al artículo 955 de la LEC de 1881, que pasará a tener el siguiente tenor literal:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.”

Este precepto no se incorporaba en el texto del Proyecto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados¹³ ni tampoco posteriormente en toda la tramitación suscitada en el Congreso previa a su envío a la Cámara Alta¹⁴; de hecho, el texto enviado al Senado seguía sin esta disposición¹⁵. Sin embargo, mediante la aceptación de una enmienda, presentada en el Senado, concretamente, la número 658 del GP Popular, se propone la redacción que ahora conocemos. La justificación de esta enmienda se hace con los siguientes argumentos:

“En coherencia con la modificación que se ha efectuado en la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para otorgar la competencia para conocer del exequátur a los Juzgados de Primera Instancia, debe modificarse el precepto al que la enmienda se refiere para determinar los fueros de competencia territorial en esta materia, dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 no contiene disposición alguna sobre exequátur.”¹⁶

Fue introducida por el propio informe de Ponencia¹⁷, reiterado por la Comisión de Economía, Comercio y Turismo¹⁸ y avalada por el Pleno de Senado¹⁹, y, finalmente, aprobada, la enmienda procedente del Senado, en el Congreso de los Diputados²⁰.

(13) *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, n.º 174-1, 16 de octubre de 2003.

(14) *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, n.º 174-9, de 28 de noviembre de 2003.

(15) *BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 173 (a), de 25 de noviembre de 2003.

(16) *BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 173 (d), de 4 de diciembre de 2003, p. 434.

(17) Se relaciona como el artículo 116 nuevo [*BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 173 (g), de 11 de diciembre de 2003, p. 628].

(18) Pasa a ser el artículo 116 nuevo [*BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 173 (h), de 16 de diciembre de 2003, pp. 802-803].

(19) Se considera como el artículo 116 nuevo [*BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 173 (i), de 23 de diciembre de 2003, pp. 982-983].

(20) Se sigue considerando como el artículo 116 nuevo (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, n.º 174-11, de 30 de diciembre de 2003, pp. 997-998).

Desde el 1 de enero de 2004 tenemos muy claro a qué Juzgado de Primera Instancia le corresponde conocer del reconocimiento de decisiones judiciales al margen de un Convenio. Ahora bien, el ajuste del sistema no se producirá hasta la entrada en vigor del artículo 85.5 de la LOPJ que es el que verdaderamente atribuye dicha competencia. En todo caso, el tema no merece excesivas reflexiones salvo para poner de manifiesto las chapuzas legislativas que hemos podido detectar, de las intervenciones de los diversos Grupos Parlamentarios en los debates previos a la aprobación de esta Ley 62/2003, y que tendremos oportunidad de ir leyendo en los estudios que sean realizados en un futuro, en cada uno de los sectores que han quedado afectados por la misma²¹.

C) Remisión a la legislación procesal civil para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: artículos 8.6 y 46.2 de la Ley 60/2003

4. Hasta este momento nos hemos referido únicamente al reconocimiento de sentencias extranjeras, sin embargo, tanto el párrafo 5º del artículo 85 de la LOPJ como el artículo 955 de la LEC de 1881 junto con las sentencias extranjeras también aluden al reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. Desde luego, éstos y aquéllas se asimilan a los efectos del procedimiento a seguir para el reconocimiento en España. Esta afirmación tiene su propio aval en el tenor literal de los preceptos examinados; sin embargo, el legislador ha querido aclararlo incorporando nuevas disposiciones. Así, nos encontramos con otra Ley, que también se aprobó y se publicó el mismo día que la LOPJ, en concreto la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje²². En esta Ley se han introducido dos disposiciones que hacen alusión a la misma cuestión. En concreto, nos referimos al artículo 8.6 y al artículo 46 de la mencionada Ley. El primero de los preceptos establece que:

“Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.”

Por su parte, el título IX de la Ley 60/2003 bajo la denominación “del exequátur de laudos extranjeros”, y concretamente el párrafo 2º del artículo 46 el que verdaderamente regula el reconocimiento de laudos al disponer lo siguiente:

“2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.”

Este segundo precepto se aprobó tal y como fue propuesto en el texto del Proyecto que remitió el Gobierno al Congreso de los Diputados²³. En cambio, el párrafo 6º del artículo 8, inicialmente, se presentó con la siguiente redacción:

(21) Cf. A.V. SEMPERE NAVARRO: “A propósito de la Ley 62/2003. La incorregible «Ley de Acompañamiento» y el principio de igualdad”, *Tribuna Aranzadi*.

(22) *BOE*, n.º 309, 26-XII-2003, pp. 46097-46109. Dicha ley, según su disposición final tercera, entrará en vigor a los tres meses de su publicación, es decir, el día 27 de marzo de 2004.

(23) *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, n.º 173-1, 3 de octubre de 2003, p. 16.

El exequátur ya no es competencia del TS

II

“Para el exequátur de laudos extranjeros será competente la *Audiencia Provincial* del lugar donde tenga su domicilio la parte frente a la que se pida y, en su defecto, el del lugar donde el laudo haya de ser ejecutado.”²⁴.

Este texto, aunque se presentaron algunas enmiendas²⁵, fue el que se aprobó en el Pleno del Congreso remitiéndose al Senado²⁶; de hecho, el texto enviado al Senado seguía atribuyendo competencia a la Audiencia Provincial²⁷. La Comisión de Justicia, en el seno de la Cámara Alta, mediante la aceptación de una enmienda *in voce* propone que el exequátur de laudos extranjeros corresponderá al “órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros”. En dicha Comisión, en defensa de la mencionada enmienda, el Senador Sr. Gutiérrez, en su intervención apunta expresamente que:

“También hay que hacer una referencia a la homologación de las sentencias extranjeras, cuestión a la que hace referencia una enmienda que nos ha llegado esta misma mañana²⁸. En este sentido, y en coordinación con la Ley Orgánica del Poder Judicial, para la homologación de los laudos extranjeros se atribuye la competencia, no al Juzgado de Primera Instancia, sino a aquel órgano jurisdiccional al que se le atribuya la competencia de las sentencias extranjeras. Por tanto, cuando esta ley se publique en el Boletín Oficial del Estado seguirá existiendo esa competencia para el Juzgado de Primera Instancia, pero si el día de mañana se estima oportuno modificar este extremo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los laudos arbitrales seguirán el mismo camino que las sentencias extranjeras.”²⁹.

Una lectura pausada de esta intervención nos permite observar una cierta confusión, pues, parece que en la tramitación de la reforma de la Ley de arbitraje se defendía la atribución de competencia en esta materia a los Juzgados de Primera Instancia. Evidentemente, ello hubiese permitido una coherencia con la tramitación que se llevaba a cabo en la LOPJ; sin embargo, la realidad era otra, en la reforma de la Ley de arbitraje se había designado a las Audiencias Provinciales para el reconocimiento de los laudos arbitrales como se puede ver en el artículo 8.6 del Proyecto de Ley de arbitraje, remitido por el Congreso de los Diputados al Senado. Y como es obvio, esta redacción chocaba frontalmente con la reforma prevista en la LOJP y que se pretendía llevar a cabo en la LEC. Ahora bien, el cambio, que se introdujo –sustancial por otra parte–, eliminando la competencia de las Audiencias Provinciales para el reconocimiento de laudos, no se ha reflejado en el texto final de la Exposición de Motivos de la Ley 10/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En dicha Exposición se sigue afirmando que:

(24) *Ibid.* p. 9.

(25) A modo de ejemplo, la Enmienda n.º 70 presentada por GP CiU (*ibid.* n.º 173-8, de 6 de noviembre de 2003, p. 51).

(26) *Ibid.* n.º 173-10, de 25 de noviembre de 2003.

(27) *BOCG*, Senado, VII Legislatura, n.º 170 (a), de 22 de noviembre de 2003, p. 11.

(28) Esta enmienda a la que se alude, no parece que sea ni a la Ley de arbitraje ni a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Nos parece que se está refiriendo a la Enmienda n.º 658 presentada por el GP Popular en el Senado a la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Ciertamente, por las fechas podemos deducir que se está hablando de la enmienda por la que se introdujo nuevo texto al artículo 955 de la LEC de 1881 (*vid.* nota 16).

(29) *DS, Senado. Comisión de Justicia*, n.º 562, de 3 de diciembre de 2003, p. 11.

“Para el exequátur de laudos extranjeros se atribuye competencia a las Audiencias Provinciales, en vez de —como hasta ahora— a la Sala 1ª del Tribunal Supremo, con la finalidad de descargar a ésta y ganar celeridad.”³⁰.

A pesar del error manifiesto de la Exposición de Motivos, ciertamente, el texto aprobado, finalmente, en el Senado para el párrafo 6º del artículo 8 es coherente no sólo con lo establecido en la LOPJ y con la LEC sino con el artículo 46.2 de la misma Ley; ahora bien, supone una reiteración innecesaria, al menos con respecto a esta última disposición. En todo caso, nos parece que se podría haber hecho una remisión genérica al procedimiento establecido para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras sin mencionar el ordenamiento procesal civil, ya que puede, en algún momento, incluirse en otra normativa. Probablemente, debido a esta confusión y por no poner en relación la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003 y por la Ley 62/2003, algunos autores piensan que aunque con el artículo 46 de la Ley de Arbitraje se procede a una “encomiable clarificación en el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”; desde luego se lamentan “por la pérdida de oportunidad para hacerlo más completo y coherente”³¹. El precepto conlleva una clarificación del régimen de reconocimiento, pues la remisión directa al Convenio de Nueva York evita el tener un sistema interno de reconocimiento, inaplicable como había sucedido durante la vigencia de la Ley de arbitraje anterior³². Algunos autores consideran que “el precepto podría llevar a un sentimiento contradictorio: por un lado celebrar la coherencia que supone tratar a los laudos como sentencias judiciales (en este caso extranjeras, por sus mismos trámites y procedimientos de reconocimiento); por otro, el de pensar que los motivos que habían pesado en la redacción del Proyecto en este punto siguen

(30) BOE, n.º 309, 26-XII-2003, p. 46098.

(31) Es encomiable que: “La nueva Ley clarifica este tema y acierta sin duda: no son dos ya los regímenes de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (el convencional y el interno o nacional) sino uno solo, el contenido en la Convención de Nueva York, el que se habrá de aplicar como expresamente reconoce el n.º 2 del artículo 46. Queda salvada no obstante la aplicación del sistema más favorable que pueda amparar un tratado vigente de los suscritos por España, como la propia Convención de Nueva York permite y propicia. Sin embargo ahí acaba a nuestro entender el acierto, pues se pierde la oportunidad de completar el sistema y que la Ley no aprovecha para sacar el máximo partido de la Convención de Nueva York respecto de la calificación como extranjero o no nacional de un laudo dictado en nuestro país, pero que no puede —ni debe— (a todas luces) calificarse como un laudo interno” (Cf. J.M.ª CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHÁN: “Valoración crítica de la nueva Ley de arbitraje”, *La Ley*, n.º 5945, 2 de febrero de 2004).

(32) Con esta remisión, nuestro legislador ha seguido una técnica de incorporación por referencia. Esto es, remite directamente al Convenio de Nueva York (CNY) para regular el exequátur del laudo extranjero. Esta fórmula también es la utilizada por el legislador alemán (§ 1061.1 ZPO alemana) y por el legislador suizo (artículo 194 de la Ley suiza de DIPr). Ahora bien, esta técnica de remisión, sin embargo, no es del todo satisfactoria. Y no lo es porque no sólo no soluciona satisfactoriamente muchos de los problemas que el CNY plantea, sino porque, además, tiende a consolidarlos (Cf. M. GÓMEZ JENE: “Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje”, *La Ley*, n.º 5874, 20 de octubre de 2003). La citada autora, muy acertadamente, apunta que no debe obviarse que, en la actualidad, el articulado del Convenio de Nueva York ha quedado parcialmente anticuado. Por ello, se decanta por la creación de un sistema autónomo de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, como el incorporado por el legislador francés. En todo caso, considera que dejar en manos de la LEC 1881 (artículos 954 y ss.) la sustanciación del exequátur de laudos arbitrales extranjeros es tanto como consolidar en este ámbito un *modelo* de reconocimiento totalmente superado. Desde esta perspectiva, se trataría, en definitiva, de instaurar un sistema de reconocimiento *automático* fuertemente inspirado en el modelo que brindan los Reglamentos comunitarios en materia de reconocimiento y ejecución (*ibid.*).

El exequátur ya no es competencia del TS

II

siendo válidos y que hubiera sido preferible una desconcentración de la labor del Tribunal Supremo en aras de la celeridad y expeditividad del trámite³³.

Ciertamente, esta lamentación por el cambio producido en la aceptación de la remisión a las normas procesales, en lugar del texto inicial del Proyecto en el que se atribuía esa competencia a las Audiencias Provinciales daría la impresión que iba a mantener la concentración de trabajo en la Sala 1ª del TS; sin embargo, la entrada en vigor del artículo 85.5 de la LOPJ pone fin a dicha facultad en aras de una mayor simplicidad y rapidez en la tramitación de reconocimiento de las decisiones extranjeras; en todo caso, una mayor inmediatez con el supuesto concreto.

Desde nuestra perspectiva, como hemos puesto de manifiesto, la remisión hecha por los artículos 8.6 y 46.2 de la Ley de arbitraje, con independencia de su eventual futuro desarrollo, por el momento, permite la aplicación clara del nuevo artículo 85.5 de la LOPJ y del nuevo artículo 955 de la LEC de 1881, con lo que podemos concluir que la competencia para el reconocimiento de todos los laudos arbitrales se halla en manos de los Juzgados de Primera Instancia³⁴.

III. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA NO ES TOTALMENTE INNOVADORA

A) Delimitación de supuestos

5. Con independencia de que el método usado para llevar a cabo la reforma no nos parezca el más adecuado, ya que la laguna originada por la LOPJ, –igual que con ésta se derogaba expresamente el artículo 958.2 de la LEC de 1881–, podría haber dado, también, el tenor al artículo 955 de la LEC, y de esa forma se hubiera evitado el desajuste provocado por la diferencia de días entre la entrada en vigor de la Ley 62/2003 y la de la Ley Orgánica 19/2003.

En todo caso, debemos dar la bienvenida a la redacción del nuevo artículo de la 85.5 LOPJ pues no había razón de ser en mantener viejos privilegios y exceso de trabajo para la Sala 1ª del TS³⁵. Aun-

(33) Cf. J.M.ª CHILLÓN MEDINA y J.F. MERINO MERCHÁN, “Valoración crítica de la nueva Ley de arbitraje”, *La Ley*, n.º 5945, 2 de febrero de 2004.

(34) Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, debe entenderse derogado el artículo 57 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, que atribuía competencia al TS para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Como hemos puesto de relieve la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, entrará en vigor el 27 de marzo de 2004; sin embargo, el tenor literal del artículo 57 no es compatible con el nuevo artículo 85.5 de la LOPJ, por lo que podemos considerar que aquél está derogado tácitamente, aunque el resto de la Ley 36/1988 continúe aplicándose hasta la entrada en vigor de la nueva.

(35) Sólo tomando como referencia algunas decisiones de los seis últimos meses de 2003 se han dictado, entre otros, los siguientes Autos de la Sala 1ª del TS: para el reconocimiento de una sentencia alemana de alimentos *Auto TS (Sala 1ª) de 8 de julio de 2003 (JUR, 2003, n.º 206113)*; de una sentencia holandesa de divorcio: *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2003 (JUR, 2003, n.º 206175)*; una sentencia uruguaya de divorcio: *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2003 (JUR, 2003, n.º 206172)*; una sentencia gibraltareña de divorcio: *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2003 (RJ, 2003, n.º 6221)*; una sentencia andorrana de divorcio: *Auto TS (Sala 1ª) de 24 de julio de 2003 (JUR, 2003, n.º 206251)*; una sentencia mexicana de divorcio: *Auto TS (Sala 1ª) de*

que, en los últimos tiempos, fundamentalmente, a partir de la ratificación por España del Convenio de Bruselas, sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968, la mayoría de las decisiones dictadas por los jueces y tribunales de los países de la Europa Comunitaria no tenían que pasar por el trámite del exequátur, y para la ejecución de las mismas eran competentes los Juzgados de Primera Instancia.

España se encuentra vinculada por numerosos textos internacionales en materia de reconocimiento de sentencias. Junto con las normas internacionales de origen institucional –derecho comunitario– Convenio de Bruselas y los Reglamentos 1347/2000, 44/2001 y 2201/2003–; también debemos aludir a los Convenios de carácter general³⁶ tanto de carácter multilateral como bilateral entre los que se destacan: de un lado, el Convenio de Lugano; y, por otra parte, los convenios bilaterales. Nuestro país ha ratificado desde 1896 hasta la actualidad dieciocho convenios bilaterales generales en los que se aborda el reconocimiento de decisiones extranjeras en materia civil y mercantil³⁷. En la actualidad en esta materia mantenemos un régimen de reconocimiento convencional, –junto al régimen de reciprocidad –positiva y negativa– y el régimen de condiciones establecido en el artículo 954 de la LEC de 1881–, con los siguientes países: Alemania, Austria, Brasil, Bulgaria, Colombia, Checoslovaquia, China, El Salvador, Francia, Israel, Italia, Marruecos, México, Rumania, Suiza, Túnez, Uruguay, Rusia³⁸.

B) Normas internacionales de origen institucional y convencional multilaterales

Entre los textos de carácter general que ya otorgaban competencia a los Juzgados de Primera Instancia nos encontramos con varios textos de origen comunitario: –Convenio de Bruselas, y los

31 de julio de 2003 (JUR, 2003, n.º 206171); una sentencia arbitral estadounidense: Auto TS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2003 (JUR, 2003, n.º 206170); una sentencia finlandesa de divorcio: Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003 (JUR, 2004, n.º 10301); una sentencia portuguesa de divorcio: Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003 (JUR, 2004, n.º 10302); una sentencia argentina de divorcio: Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003 (JUR, 2003, n.º 10296); una sentencia cubana de divorcio: Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003 (JUR, 2003, n.º 10295); una sentencia estadounidense de divorcio: Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003 (JUR, 2003, n.º 10294); una sentencia francesa de divorcio: Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003 (JUR, 2003, n.º 10293).

(36) Desde luego, España también se haya vinculada por textos multilaterales y bilaterales en las que se regula el reconocimiento de resoluciones extranjeras pero de materias específicas: fundamentalmente sobre alimentos y de custodia de menores. Entre los más importantes podemos citar: el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973, sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias; y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

(37) Vid. en el Anexo legislativo se citan 20 Convenios bilaterales, pero dos de ellos son especiales ya que sólo se aplican al reconocimiento de sentencias relativas a alimentos y custodia de menores: Vid. Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE, 24-VI-1997). Dicho Acuerdo se aplica de forma definitiva desde el 1 de julio de 1999 (BOE, 25-VI-1999) y el Convenio entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (BOE, 5-II-1992).

(38) Para relación de denominación y fecha de esos textos (vid. Anexo legislativo).

El exequátur ya no es competencia del TS

II

Reglamentos 1347/2000, 44/2001 y 2201/2003–, también se prevé una medida similar en el Convenio de Lugano, y en algunos de los Convenios bilaterales a los que haremos referencia en el próximo apartado.

Dentro de las disposiciones contenidas en normas internacionales de carácter institucional comenzaremos por el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968³⁹. En concreto, en el artículo 32.1 de este Convenio se establece que la solicitud de reconocimiento en España deberá efectuarse ante el Juzgado de Primera Instancia. Ahora bien, en el párrafo 2º del mismo precepto se dispone que: “La competencia territorial se determinará por el domicilio de la parte contra la que se solicitara la ejecución. Si dicha parte no tuviere domicilio en el Estado requerido, la competencia se determinará por el lugar de ejecución”. Es decir que en principio debe conocer el juez de primera instancia correspondiente al domicilio del demandado y, en su defecto, el del lugar de ejecución de la sentencia. La misma solución se mantiene en el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988⁴⁰.

En el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁴¹ también se atribuye competencia al juez de primera instancia (artículo 22.1 y Anexo I). De todas formas, la determinación de competencia territorial se encuentra recogida en el párrafo 2º del artículo 22 al establecer que: “La competencia territorial se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicitare la ejecución o por el lugar de residencia habitual del hijo o de los hijos a quien o quie-

(39) *BOE*, 30-I-1991; texto consolidado en *DOCE* C 27, 26-I-1998. España se encuentra obligada por este Convenio desde el 1 de febrero de 1991. Se aplica a los procedimientos de ejecución de sentencias procedentes de los otros países miembros de las Comunidades Europeas dictadas con posterioridad al 1 de febrero de 1991, en materia civil y mercantil, excluidas las decisiones relativas: 1. el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; 2. la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; 3. la Seguridad Social; 4. el arbitraje (artículo 1 del Convenio). Este Convenio ha quedado sustituido con relación a las resoluciones judiciales dictadas por los jueces y tribunales de todos los países de la Unión Europea –excepto Dinamarca– a partir del 1 de marzo de 2002 por el Reglamento CE 44/2001 (vid. nota 41).

(40) *BOE*, n.º 251, 20-X-1994; corr. ibíd. n.º 8, 10-I-1995. España se encuentra obligada por este Convenio desde el 1 de noviembre de 1994. Se aplica a los procedimientos de ejecución de sentencias procedentes de los otros países Parte. Estos Estados son: Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Noruega, Islandia y Polonia. Se aplica a las resoluciones dictadas con posterioridad al 1 de noviembre de 1994, en materia civil y mercantil, excluidas las decisiones relativas: 1. el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; 2. la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; 3. la Seguridad Social; 4. el arbitraje (artículo 1 del Convenio).

(41) Vid. este Reglamento se aplica a todas las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los tribunales de todos los Estados miembros de la UE –a excepción de Dinamarca– siempre que hayan sido dictadas con posterioridad al 1 de marzo de 2001 (vid. artículos 1, 42 y 46 del Reglamento: *DOCE*, n.º L 160, 30-VI-2000). Este texto será sustituido por el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 23 de diciembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000 (*DOUE*, n.º L 338, de 23-XII-2003, pp. 1-29).

nes se refiera la solicitud. Cuando no pueda encontrarse en el Estado miembro requerido ninguno de los lugares a los que se refiere el párrafo anterior, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución⁴².

Por otra parte, si bien es cierto que en el Anexo II del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil se reitera la atribución de competencia a los Juzgados de Primera Instancia; sin embargo, en el denominado Reglamento Bruselas I, se incorpora una reforma importante en su artículo 39.2. En este precepto en relación a la determinación de la competencia territorial del juez del exequátur contempla la competencia del juez del domicilio del demandado y la del juez del lugar de ejecución en términos de alternatividad. El demandante o solicitante del reconocimiento puede presentar su petición ante cualquiera de ellos⁴³.

C) Diversas fórmulas utilizadas en los Convenios bilaterales

Y, por supuesto, también se facultaba a los jueces de primera instancia en algunos de los Convenios bilaterales por los cuales España se encuentra vinculada, y que hemos reseñado anteriormente. Hacen expresa alusión a dichos Juzgados las siguientes disposiciones: el artículo 22.a) del Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989⁴⁴; el artículo 20.4 del Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria,

(42) En el artículo 29 del Reglamento CE 2201/2003, de 23 de diciembre, se dispone que: “1. La solicitud de declaración de ejecutoriedad se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68.2. La competencia territorial se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicite la ejecución o por el lugar de residencia habitual del menor o menores a quienes se refiera la solicitud. Cuando ninguno de los lugares de residencia a los que se refiere el párrafo primero se encuentre en el Estado miembro de ejecución, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución”.

(43) Este Reglamento se aplica a ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de los tribunales de todos los Estados miembros de la UE –a excepción de Dinamarca– siempre que hayan sido dictadas con posterioridad al 1 de marzo de 2002 y no se trate de las materias excluidas en el artículo 1.2 del Convenio –decisiones relativas: a) al estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; c) la Seguridad Social; y, d) el arbitraje– (vid. artículos 1, 66 y 76 del Reglamento DOCE, n.º L 12, 16-I-2001; y correc. de errores que afecta al artículo 34.2 del Reglamento en su versión española DOCE, n.º L 176, 5-VII-2002. Este Reglamento sustituye al Convenio de Bruselas para el reconocimiento de todas las decisiones posteriores a esa fecha o que provengan de los órganos judiciales daneses.

(44) BOE, n.º 164, 10-VII-1991; corr. ibíd. 13-VIII-1991. Este Convenio entró en vigor el día 31 de julio de 1991. Se aplica, según los artículos 15 y 16, a las decisiones judiciales en materia civil y mercantil y se excluyen: “a) Estado y capacidad de las personas y derecho de familia, en cuanto se trate de sentencias constitutivas o declarativas de tales estados o derechos, sin comprender las decisiones sobre obligaciones pecuniarias que sean consecuencia de aquella declaración de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente; b) Obligaciones alimenticias respecto a menores; c) Sucesiones; d) Quiebras, concursos y procedimientos análogos; e) en materia de seguridad social; y f) Daños de origen nuclear” (artículo 16).

El exequátur ya no es competencia del TS

II

hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993⁴⁵; el artículo 18 del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992⁴⁶; el artículo 13.2 del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000⁴⁷, en el que además se recoge la distribución territorial al apuntar que debe presentarse la solicitud de reconocimiento ante el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación residiere el demandado o en el que deba tener lugar la ejecución; el artículo 5.2 del Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989⁴⁸; el artículo 25 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997⁴⁹; el artículo 19 del Convenio con México, Convenio sobre reconocimiento y ejecución

(45) *BOE*, n.º 155, 30-VI-1994. El presente Convenio entró en vigor el 1 de julio de 1994, primer día del segundo mes siguiente a la fecha de la última notificación cruzada entre las partes comunicando el cumplimiento de los procedimientos constitucionales requeridos, según se establece en su artículo 26. Por su parte, se aplica a las resoluciones en materia civil, familiar y mercantil, a las resoluciones dictadas por los Tribunales de las Partes Contratantes, comprendiendo, las resoluciones dictadas por las jurisdicciones penales que se pronuncien sobre la acción civil en reparación de daños (artículo 18.1). 2. Las disposiciones del presente capítulo son aplicables *mutatis mutandis*, también a las transacciones judiciales. 3. Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán a las resoluciones y transacciones a sucesiones, quiebras, concursos, acuerdos con los acreedores y otros procedimientos análogos.

(46) *BOE*, n.º 26, 31-I-1994; corr. *ibíd.* n.º 60, 11-III-1994. Este Convenio entró en vigor antes de su publicación oficial, concretamente se aplica a partir del 1 de enero de 1994. Según el artículo 17 se aplica a las decisiones judiciales en materia civil y mercantil dictadas por los Tribunales de una Parte Contratante (con excepción de las relativas a procedimientos de quiebra y concursales y daños derivados de la energía nuclear) se reconocerán y, en su caso, ejecutarán por los Tribunales de la otra Parte. El Tratado será también aplicable en relación a decisiones civiles derivadas de hechos penales y transacciones judiciales (artículo 17.2 del Convenio).

(47) El artículo 13.2 de este Convenio dispone que la "solicitud de ejecución se presentará: en España, ante el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación residiere el demandado o en que deba tener lugar la ejecución". Este Convenio se aplica desde el 1 de septiembre de 2001 aunque se publicó con una fecha posterior (*BOE*, n.º 256, 25-X-2001). Y abarca a las resoluciones en materia civil y mercantil excluyéndose: a) materias fiscal, aduanera y administrativa; b) el estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones; c) las quiebras, concursos y convenios entre el deudor y los acreedores; d) la seguridad social; y e) el arbitraje.

(48) *BOE*, n.º 3, 3-I-1991; corr. *ibíd.* n.º 20, 23-I-1991. Este Convenio entró en vigor el 13 de enero de 1991. Se aplica según el artículo 1 a las decisiones judiciales en materia civil y mercantil dictadas por los Tribunales de una Parte Contratante. Se excluyen las sentencias dictadas en las siguientes materias: a) estado o capacidad jurídica de las personas físicas, derecho de familia, incluidas cuestiones de propiedad derivada de matrimonio, testamento y sucesiones; b) quiebra, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, convenios entre el quebrado y los acreedores y procedimientos análogos; c) seguridad social; d) arbitraje; e) resarcimiento de impuestos u otras cargas de naturaleza similar, o de multas u otras sanciones pecuniarias, o aspectos relacionados con la Administración Pública, y f) indemnizaciones de daños y perjuicios causados por la energía nuclear (artículo 1.3 del Convenio).

(49) *BOE*, n.º 151, 25-VI-1997. Dicho Acuerdo se aplica de forma definitiva desde el 1 de julio de 1999 (*BOE*, 25-VI-1999). En cuanto al ámbito material, según el artículo 22 incluye a las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa. Se excluyen: a) la materia testamentaria y sucesoria; b) en materia de quiebra, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, conciertos y convenios análogos entre deudores y los acreedores; c) resoluciones contenciosas en materia de seguridad social; d) En caso de medidas cautelares y provisionales salvo las dictadas en materia

de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989⁵⁰. En el párrafo 1º del mencionado precepto se prevé que para la ejecución será competente el tribunal del Estado requerido, el del domicilio o residencia de la parte condenada o en su defecto el de la situación de sus bienes en el territorio del Estado requerido. Y, en el párrafo 2º se establece que: “cualquier modificación de la competencia, deberá ser comunicada por vía diplomática”; el artículo 14.2 del Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho *ad referendum* en Bucarest, el 17 de noviembre de 1997⁵¹, que además especifica que se presentará ante el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación residiere el demandado o en el que deba tener la ejecución; el artículo 24.3 del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990⁵²; el artículo 21.1 del Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001⁵³; y el artículo 9.a) del Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España

de alimentos (artículo 22.2 del Convenio). Vid. *Auto TS (Sala 1ª) de 7 de julio de 1998 (RAJ, 1998, n.º 6088); de 13 de octubre de 1998 (RAJ, 1998, n.º 7670), de 24 de noviembre de 1998 (RAJ, 1998, n.º 9485), de 22 de diciembre de 1998 (RAJ, 1998, n.º 10804), de 16 de marzo de 1999 (RAJ, 1999, n.º 2149), de 23 de julio de 1999 (RAJ, 1999, n.º 9911), de 14 de marzo de 2000 (RAJ, 2000, n.º 1768), de 14 de noviembre de 2000 (RAJ, 2000, n.º 9581) y de 5 de febrero de 2002 (JUR, 2003, n.º 48796)*. Lógicamente, la competencia es del Juzgado de Primera Instancia, pero no estaba claro a cuál de éstos le correspondía en virtud del artículo 25. Vid. *Auto Aud. Prov. de Granada (Sala de lo Civil. Sección 3ª) de 12 de abril de 2003 (JUR, 2003, n.º 200924)*.

(50) *BOE*, n.º 85, 9-IV-1991; corr. *ibid.* n.º 108, 6-V-1991 y *BOE*, n.º 226, 20-IX-1991. En el artículo 19.1 se establece que será competente para ejecutar una sentencia o laudo arbitral: “en el Estado requerido el del domicilio o residencia de la parte condenada o en su defecto el de la situación de sus bienes en el territorio del Estado requerido”. El Convenio se aplica a las decisiones en materia civil y mercantil pero se excluyen expresamente las siguientes materias: a) el estado civil y capacidad de las personas físicas; b) divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio; c) pensiones alimenticias; d) sucesión testamentaria o intestada; e) quiebras, concursos, concordatos y otros procedimientos análogos; f) liquidación de sociedades; g) cuestiones laborales; h) seguridad social; i) daños de origen nuclear; j) daños y perjuicios de naturaleza extracontractual; y k) cuestiones marítimas y aéreas (artículo 3).

(51) Este Convenio entró en vigor el 3 de julio de 1999 (*BOE*, n.º 134, 5-VI-1999; *ibid.* n.º 158, 3-VII-1999). Se aplica a las resoluciones en materia civil y mercantil excluyéndose: a) las materias fiscal, aduanera y administrativa; b) el estado y capacidad de las personas físicas, régimen matrimonial, sucesiones legítimas y testamentos; c) las quiebras, concursos y convenios entre el deudor y los acreedores; d) la seguridad social; e) los seguros de derecho privado; f) la navegación civil; y g) el arbitraje (artículo 2).

(52) Este Convenio entró en vigor el 25 de julio de 1997. Se aplica según el artículo 17 a las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; a las transacciones judiciales; a las sentencias penales en lo referente a la indemnización del daño causado por delito. Según el párrafo 3 del mismo artículo 17 no se aplicará: a las resoluciones en materia de quiebras y procedimientos análogos; a las resoluciones en materia de Seguridad social; a las resoluciones en materia de indemnización de daños causados por la energía nuclear; y a los laudos arbitrales (*BOE*, n.º 151, 25-VI-1997. *Auto TS (Sala 1ª) de 1 de julio de 2003 (RJ, 2003, n.º 6882)*).

(53) Este Convenio se aplica desde el 1 de marzo de 2003. El artículo 21 de dicho Tratado establece que: “1. El exequátur se solicitará, por lo que respecta a España, ante el juez de primera instancia, y, por lo que respecta a Túnez, ante la autoridad judicial competente según su ley interna. 2. El procedimiento de exequátur se regirá por la ley del Estado requerido”. Se aplica a las decisiones en materia civil y mercantil (artículo 15) excluyéndose según el artículo 16 a las resoluciones dictadas en las materias y casos siguientes: a) En materia testamentaria y sucesoria; b) En materia de quiebra, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, convenios entre deudor y acreedores y procedimientos análogos;

El exequátur ya no es competencia del TS

II

ña y la República Oriental de Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987⁵⁴. Por otra parte, mencionan que son competentes para el reconocimiento los mismos jueces o tribunales que son competentes para la ejecución, por lo que la lectura del artículo 958.2 de la LEC —expresamente derogado por la Ley Orgánica 19/2003—, daba como competentes a los Juzgados de Primera Instancia. Entre éstos podemos mencionar las siguientes disposiciones: el artículo 2 del Tratado entre España y Suiza sobre la ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 19 de noviembre de 1896⁵⁵. También podría deducirse la competencia de los jueces de primera instancia de una lectura conjunta de los artículos 10 y artículo 19 el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983⁵⁶ y también del artículo 13 del Convenio sobre reconoci-

c) En materia de Seguridad Social; d) En caso de medidas cautelares y provisionales, salvo las dictadas en materia de alimentos y de embargos preventivos” (BOE, n.º 52, 1-III-2003). El único supuesto examinado es anterior a la existencia del Convenio con relación a una sentencia de divorcio dictada en 1999 [Auto TS (Sala 1ª) de 29 de febrero 2000 (RA), 2000, n.º 772)].

(54) Este Convenio entró en vigor el 30 de abril de 1998 (BOE, n.º 103, 30-IV-1998). Según el artículo 1 el Presente Convenio se aplica a las actuaciones procesales, a las decisiones judiciales y laudos arbitrales con excepción de las siguientes materias: a) Estado y capacidad de las personas y derecho de familia, en cuanto se trate de sentencias constitutivas o declarativas de tales estados o derechos, sin comprender las decisiones sobre obligaciones pecuniarias que sean consecuencia de aquella declaración de conformidad con lo previsto en el artículo 5 ordinal 4º del presente convenio; b) Obligaciones alimenticias respecto a menores; c) Quiebras, concursos y procedimiento análogos; d) en materia de seguridad social; y e) Daños de origen nuclear” (artículo 1.2 Convenio).

(55) El artículo 2 de este Convenio establece que: “La ejecución se pedirá directamente por la parte interesada al Tribunal o la Autoridad del punto donde el cumplimiento deba efectuarse y a quien corresponde la competencia para conocer el exequátur” (Gaceta de Madrid, 9-VII-1898). Este precepto ha sido utilizado en numerosas ocasiones pudiendo citar las siguientes decisiones: A) Del Tribunal Constitucional: Sent. TC (Sala 2ª) n.º 98/1984, de 24 de octubre. B) Del Tribunal Supremo: a) Condena de Cantidad: Auto TS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 1959, Auto TS (Sala 1ª) de 6 de julio de 1960, Auto del TS (Sala 1ª) de 3 de marzo de 1974, Auto TS (Sala 1ª) de 24 de marzo de 1982, Auto TS (Sala 1ª) de 13 de enero de 1983, Auto (Sala 1ª) de 28 de noviembre de 1983 y Auto TS (Sala 1ª) de 20 de marzo de 1984; b) Arbitraje: Auto del TS (Sala 1ª) de 30 de octubre de 1984; c) Divorcio: Auto TS (Sala 1ª) de 28 de noviembre de 1983, Auto TS (Sala 1ª) de 6 de diciembre de 1983, Auto TS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 1984, Auto TS (Sala 1ª) de 20 de marzo de 1984, Auto TS (Sala 1ª) de 23 de marzo de 1984, Auto TS (Sala 1ª) de 4 de junio de 1984, Auto TS (Sala 1ª) de 6 de junio de 1984, Auto TS (Sala 1ª) de 25 de octubre de 1984, Auto TS (Sala 1ª) de 13 de diciembre de 1984, Auto TS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1986, Auto TS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 1987, Auto TS (Sala 1ª) de 16 de marzo de 1987; C) De las Audiencias Territoriales: Auto Aud. Territ. de Cataluña de 5 de julio de 1962, Auto Aud. Territ. Barcelona (Sala 2ª) de 20 de marzo de 1984, Auto Aud. Territ. Barcelona (Sala 2ª) de 20 de febrero de 1985; D) De los Juzgados de Primera Instancia: Autos de Juzgados de Primera Instancia: Auto Juzgado de Primera Instancia de Villafranca del Penedés de 14 de octubre de 1983, Auto del Juzgado de Primera Instancia de Betanzos de 28 de julio de 1983, Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Barcelona de 6 de febrero de 1984, Auto Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid de 14 de noviembre de 1984, Auto Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid de 10 de abril de 1985, Auto Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponferrada de 28 de setiembre de 1985, Auto Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia de 27 de diciembre de 1985, Auto Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Madrid de 11 de febrero de 1986, Auto Juzgado de Primera Instancia de Cervera de Pisuerga de 21 de marzo de 1986, Auto Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granada de 19 de setiembre de 1986, Auto Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de León de 28 de abril de 1988, Auto Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de León de 16 de febrero de 1989. Más recientemente: Vid. Auto TS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2003 (JUR, 2003, n.º 206173) y Auto TS (Sala 1ª) de 12 de setiembre de 2003 (JUR, 2003, n.º 214974). Este Convenio ha quedado afectado por los artículos 55 y 56 del Convenio de Lugano.

(56) BOE, n.º 40, 16-II-1988; ibid. n.º 23-VI-1990; ibid. n.º 230, 24-IX-1992. Este Convenio ha quedado afectado por los artículos 55 y 56 del Convenio de Bruselas de 1968, por los artículos 55 y 56 del Convenio de Lugano, por los artículos 69 y 70 del Reglamento 44/2001 y por los artículos 36.1 y 38.1 del Reglamento 1347/2000.

miento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, entre España y la República de Austria, hecho en Viena el 17 de febrero de 1984⁵⁷. No obstante, se debe apuntar que con respecto a las dos últimas disposiciones mencionadas no existe unanimidad ni doctrinal ni jurisprudencial sobre la cuestión abordada⁵⁸.

Por su parte, en algunos Convenios ante la ausencia de una norma parece que debe aplicarse el procedimiento previsto en el Estado requerido. Entre los textos internacionales que carecen de norma expresa se debe aludir: al Convenio entre España y la República de Colombia para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los tribunales de ambos países, de 30 de mayo de 1908⁵⁹ y al Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y la República Socialista de Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987⁶⁰. En otros supuestos, los textos convencionales se remiten expresamente al procedimiento del Estado requerido: el artículo 13 del Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas de 28 de mayo

(57) *BOE*, 29-VIII-1985. Dicho Convenio se aplica a las resoluciones de los Tribunales de un Estado contratante en materia civil o mercantil, en un procedimiento contencioso o voluntario, se reconocerán y ejecutarán en el otro Estado con arreglo a las disposiciones del presente Convenio (artículo 1.1). Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán: 1. A las resoluciones recaídas en un procedimiento de quiebra, concurso de acreedores o cualquier otro procedimientos análogo; 2. A las resoluciones en materia de responsabilidad por daños nucleares; 3. Las medidas provisionales, salvo las dictadas en procedimiento por alimentos y los embargos preventivos; 4. A las resoluciones en materia de seguridad social; 5. A las resoluciones de arbitraje (artículo 3). Este Convenio ha quedado afectado por los artículos 55 y 56 del Convenio de Bruselas de 1968, por los artículos 55 y 56 del Convenio de Lugano, por los artículos 69 y 70 del Reglamento 44/2001 y por los artículos 36.1 y 38.1 del Reglamento 1347/2000.

(58) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "Inscripción en el Registro civil español de las sentencias alemanas de divorcio sin necesidad de exequátur (Comentario a la *Res. DGRN de 29 de noviembre de 1990*)", *Poder Judicial*, n.º 22, 1991-3, pp. 193-203; Cf. A.-L.CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 3ª ed., 2002, p. 349; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 309-310. La postura favorable a atribuir competencia al TS se pone expresamente de relieve en el *Auto TS (Sala 1ª) de 8 de julio de 2003* en el que literalmente se afirma que: "... la competencia objetiva de este Tribunal para conocer de las peticiones de exequátur referidas a aquellas resoluciones cuyo reconocimiento debe hacerse a la luz del Convenio entre España y Alemania, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, de 14 de noviembre de 1983, es un criterio uniformemente seguido por la Sala a la hora de interpretar los artículos 10, 11, 12, 17, 18 y 19 del citado Convenio, y plasmado, entre otros, en los Autos del TS de 18 de abril de 1998, de 11 de mayo de 1999, de 28 de noviembre de 2000, de 10 de abril de 2001, de 30 de diciembre de 2002, y de 29 de abril de 2003" (*RAJ*, 2003, n.º 6160).

(59) Este Convenio no incluye norma alguna al respecto (*Gaceta*, 18-IV-1909). Dicho Convenio fue utilizado expresamente en los *Autos TS de 3 de octubre de 1924 y de 14 de julio de 1983*.

(60) No existe norma expresa sobre este aspecto en dicho texto convencional (*BOE*, n.º 290, 3-XII-1988; corr. *ibíd.* n.º 22, 26-I-1989). Este Convenio entró en vigor el 10 de diciembre de 1988 y el TS lo ha utilizado tanto para reconocer sentencias procedentes de la República Eslovaca: *Auto TS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 1996 (RAJ)*, 1998, n.º 3558) como para reconocer sentencias procedentes de la República Checa *Auto TS (Sala 1ª) de 12 de mayo de 1998 (RAJ)*, 1998, n.º 4342), *de 14 de julio de 1998, de 19 de octubre de 1999, de 20 de marzo de 2001, y de 4 de marzo de 2003 (JUR)*, 2003\87951).

El exequátur ya no es competencia del TS

II

de 1969⁶¹, el artículo 21 del Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 22 de mayo de 1973⁶².

D) Adecuación del régimen interno al régimen previsto en las normas internacionales

Por tanto, mediante las reformas operadas por la nueva redacción tanto del párrafo 5 del artículo 85 de la LOPJ como por el nuevo tenor del artículo 955 de la LEC de 1881, podemos afirmar que, con la recién estrenada normativa, el sistema interno de reconocimiento de decisiones judiciales en materia civil y mercantil parece acomodarse, por fin, a la práctica los tratados internacionales que obligan al Estado español en esta materia y que mencionaban ya expresamente la competencia de los Juzgados de Primera Instancia. Por tanto, todos los reconocimientos de decisiones extranjeras y laudos arbitrales solicitados a partir del 15 de enero de 2004 no deberán ser presentados ante la Sala 1ª del TS sino que deben recurrir a un juez de primera Instancia con

(61) BOE, 14-III-1970. Canje de Notas hispano-francés de 1 de abril de 1974, constitutivo de acuerdo por el que se interpretan los artículos 2 y 17 del Convenio de 28 de mayo de 1969 (ibíd. 20-IV-1974). Dicho Convenio ha sido utilizado entre otras por el TS en: A) En materia de adopción: *Auto TS (Sala 1ª) de 2 julio 1981*; B) Patria potestad: *Auto TS (Sala 1ª) de 28 de febrero de 1984*; C) Derecho de visita: *Auto TS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1984*; D) Alimentos: *Auto TS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 1979*, *Auto TS (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 1979*; E) Derechos reales: *Auto del TS (Sala 1ª) de 28 de enero de 1986*; F) Revocación de donación: *Auto TS (Sala 1ª) de 29 de junio de 1983*; G) Materia laboral: *Auto TS (Sala 1ª) de 11 de junio de 1986*; H) Sentencias de condena de cantidad: *Auto TS (Sala 1ª) de 10 de noviembre de 1970*, *Auto TS (Sala 1ª) de 23 de abril de 1971*, *Auto TS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 1971*, *Auto TS (Sala 1ª) de 29 de mayo de 1972*, *Auto TS (Sala 1ª) de 6 de octubre de 1981*, *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de junio de 1982*, *Auto TS (Sala 1ª) de 24 de mayo de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 7 de junio de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 6 de abril de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 31 de mayo de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de enero de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 25 enero de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 16 de diciembre de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 1986*; I) Laudos arbitrales: *Auto TS de 2 de junio de 1973*, *Auto TS de 4 de febrero de 1976*, *Auto TS de 13 de febrero de 1976*, *Auto TS de 27 de enero de 1978*, *Auto TS de 15 de noviembre de 1979*, *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de abril de 1983*; J) En materia de separación: *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de enero de 1979*, *Auto TS (Sala 1ª) de 11 de noviembre de 1981*; K) En materia de divorcio: *Auto TS (Sala 1ª) de 6 de abril de 1979*, *Auto TS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1979*, *Auto TS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 1981*, *Auto TS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1982*, *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 1982*, *Auto TS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 1982*, *Auto TS (Sala 1ª) de 21 de enero de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 25 de enero de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 1 de febrero de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 16 de marzo de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de abril de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 21 de junio de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 21 de junio de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 6 de julio de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 27 de octubre de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 1983*, *Auto TS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 23 de abril de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 5 de junio de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 26 de junio de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 12 de noviembre de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de noviembre de 1984*, *Auto TS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 5 de mayo de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 24 de mayo de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 12 de julio de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 23 de septiembre de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 8 de noviembre de 1985*, *Auto TS (Sala 1ª) de 23 de febrero de 1986*, *Auto TS (Sala 1ª) de 29 de septiembre de 1986*, *Auto TS (Sala 1ª) de 21 de octubre de 1986*. Más recientemente: vid. *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003* (JUR, 2004, n.º 10293). Este Convenio ha quedado afectado por los artículos 55 y 56 del Convenio de Bruselas de 1968, por los artículos 55 y 56 del Convenio de Lugano, por los artículos 69 y 70 del Reglamento 44/2001 y por los artículos 36.1 y 38.1 del Reglamento 1347/2000.

(62) BOE, 15-XI-1977. Ha sido utilizado en algunos supuestos entre los que se destaca el *Auto TS (Sala 1ª) de 18 de marzo de 1985*. Este Convenio ha quedado afectado por los artículos 55 y 56 del Convenio de Bruselas de 1968, por los artículos 55 y 56 del Convenio de Lugano, por los artículos 69 y 70 del Reglamento 44/2001 y por los artículos 36.1 y 38.1 del Reglamento 1347/2000.

independencia del régimen de reconocimiento que se aplique. Para la distribución territorial de competencia, en todo caso, será necesario distinguir entre el régimen convencional o el régimen interno. Al primer sistema se le aplicarán las normas recogidas en el texto internacional; mientras, al segundo grupo se aplica el régimen común de reciprocidad, previsto en los artículos 952 y 953 de la LEC, o el régimen de condiciones recogido en el artículo 954 de la LEC o incluso en el caso de que sea aplicable el régimen de reconocimiento recogido en un Convenio internacional en el que se remita al procedimiento previsto en las leyes o normas internas previstas en el Estado donde se solicita el reconocimiento, por lo que lógicamente si estamos en presencia de una solicitud realizada en España se aplicarán las normas internas españolas, o lo que es lo mismo, el artículo 955 de la LEC.

A la hora de proceder a una valoración del cambio, nos parece que la reforma es importante, aunque ciertamente no es novedosa; ya que como hemos puesto de manifiesto el TS y su Sala de lo Civil hace años que no está facultada para conocer de todos los casos de reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos extranjeros, ya que los Juzgados de Primera Instancia podían conocer, como ya hemos mencionado, del reconocimiento de las resoluciones judiciales procedentes de determinados países y de unas materias concretas. En todo caso, la modificación es trascendental ya que el sistema convencional sólo funcionaba en materias muy específicas y con pocos Estados.

En este sentido, podemos afirmar que los múltiples casos conocidos y centralizados en el TS dejarán de existir, lo cual puede provocar en algunos casos disparidad de criterios a la hora de interpretar las eventuales causas de denegación del reconocimiento de decisiones; sin embargo, se debe apuntar que el expediente se ve como más cercano al interesado. El hecho de tener que acudir al TS para solicitar el exequátur estaba ya un poco obsoleto. Por tanto, una llamada de atención para los operadores jurídicos –tanto abogados como jueces– ya que los jueces del Tribunal Supremo dejarán de examinar el artículo 954 de la LEC de 1881 a favor de Tribunales de Primera Instancia.

IV. RECONOCIMIENTO DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA DE DIVORCIO E INCIDENCIA EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

A) La exigencia del exequátur

6. La cuestión que vamos a analizar a continuación tiene vital importancia para los letrados dedicados especialmente a la extranjería, ellos son los que habitualmente se están encontrado en sus despachos con clientes españoles o de origen español –divorciados por autoridades extranjeras– casados con otro cónyuge extranjero al que quieren reagrupar.

La existencia de esa sentencia de divorcio extranjera, que afecta al estado civil de un español ha provocado numerosos impedimentos a la hora de inscribir un segundo matrimonio como medida previa a la obtención de un libro de familia; y, por supuesto, la eventual concesión de un visado de reagrupación familiar. El impedimento surge por la ausencia de petición y obtención

del reconocimiento de la mencionada sentencia. En este sentido, y a modo de ejemplo, el caso suscitado en la *Res. DGRN 1ª de 27 de junio de 2003*. En concreto se trataba de la petición de una inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero. La solicitud era realizada por un español divorciado mediante sentencia uruguaya. En este caso se trataba de la disolución de un matrimonio contraído por el interesado en Uruguay con una uruguaya. El Centro Directivo mantiene el criterio de que la eventual inscripción está subordinada a la previa obtención en España del exequátur ante el TS⁶³.

Son muchos los casos similares que se están suscitando, por lo que era necesario hacer alguna reflexión con el último cambio normativo español; y, aprovechar, además, para destacar el nuevo tratamiento legal, que van a recibir, en nuestro país, las sentencias de nulidad, separación y divorcio que procedan de tribunal perteneciente al ámbito jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea excepto para Dinamarca.

B) Sustitución del Reglamento CE 1347/2000 por el Reglamento CE 2201/2003

7. Las disposiciones que se venían aplicando desde el 1 de marzo de 2001 se encontraban recogidas en el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁶⁴. Este Reglamento ha sido de nuevo modificado, y a partir del 1 de marzo de 2005 –aunque su entrada en vigor oficial se producirá el 1 de

(63) *BIMJ*, n.º 1950, 2003, pp. 3289-3291; *JUR*, 2003\221041. En el mismo sentido, pueden verse: *Res. DGRN 1ª de 14 de mayo de 1998* (*BIMJ*, n.º 1836-1837, 1999, pp. 128-129), *Res. DGRN 1ª de 9 de febrero de 2000* (*RAJ*, 2000, n.º 3099), *Res. DGRN 3ª de 19 de abril de 2001* [*Actualidad Civil (Registros)*, 2002-2, n.º 132, p. 126], *Res. DGRN 4ª de 14 de mayo de 2001* [*Actualidad Civil (Registros)*, 2002-2, n.º 181, p. 169], *Res. DGRN 2ª de 1 de febrero de 2002* (*BIMJ*, n.º 1914, 2002, pp. 1324-1325), *Res. DGRN 1ª de 19 de febrero de 2002* (*BIMJ*, n.º 1915, 2002, pp. 1460-1462), *Res. DGRN 1ª de 15 de junio de 2002* (*BIMJ*, n.º 1923-1924, 2002, pp. 2821-2822), *Res. DGRN 2ª de 27 de junio de 2002* (*BIMJ*, n.º 1925, 2002, pp. 2939-2941), *Res. DGRN 1ª de 2 de noviembre de 2002* (*BIMJ*, n.º 1932-1933, 2003, pp. 197-198), *Res. DGRN 5ª de 4 de diciembre de 2002* (*BIMJ*, n.º 1935, 2003, pp. 573-575). Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Nota a las Resoluciones sobre atribución de nacionalidad en el período enero-abril 2002”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, vol. I, 2002-1, pp. 241-243.

(64) *DOCE*, n.º L 160, de 30-VI-2000; Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, AA.VV.: *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 213-239; F. GARAU SOBRINO: “El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, A-L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 399 a 409; H. GAUDEMET-TALLON: “Le règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *J.D.I.*, 2001, pp. 381-430; M. GÓMEZ JENÉ: “El reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *La Ley*, n.º 5321, 2001; M. GONZALO QUIROGA: “La reforma de Bruselas II: Aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución”, A-L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 469-486; M. HERRANZ BALLESTEROS: “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002”, *La Ley*, n.º 5715, 10 de febrero de 2003, pp. 1-6; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ: “La libre circulación de decisiones de divorcio en la UE tras la entrada en vigor del Reglamento n.º 1347/2000”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n.º 18, 2000, pp. 157-208; id.: “Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción del sus artículos 7 y 8”, A-L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 741-774.

agosto de 2004— las disposiciones que deberán aplicarse son las previstas en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 23 de diciembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000⁶⁵.

El nuevo Reglamento no se puede analizar sin hacer una pequeña mención a su precedente, es decir al Reglamento n.º 1347/2000 (CE) que, desde el 1 de marzo de 2001, supuso una transformación importante en la cuestión abordada. En nuestro país, ya contamos con decisiones importantes tanto por las respuestas de la DGRN como en algunos Autos del TS en los que se ha aplicado muy acertadamente el Reglamento mencionado; en concreto, en algunos Autos el TS se ha declarado incompetente para conocer del reconocimiento de decisiones en materia de nulidad, separación y divorcio y responsabilidad parental por ser de aplicación el Reglamento, y por ello, lo dispuesto en su Anexo I⁶⁶.

Por su parte, la DGRN al resolver sobre recursos de solicitudes de inscripciones de matrimonios celebrados en el extranjero cuando uno de los cónyuges era español y divorciado con sentencia de divorcio extranjera se ha pronunciado de forma negativa sobre la inscripción del segundo matrimonio. En la casi totalidad de los casos la respuesta se debe al hecho de que previamente no se ha solicitado y obtenido el reconocimiento en España de la sentencia extranjera. Mientras se mantenga este criterio, para cumplir con las exigencias de la DGRN habrá que preguntarse de qué país procede la sentencia extranjera para determinar la tramitación a seguir para su ejecución en España. La regla general es la aplicación del régimen previsto en las normas internacionales —bien de origen institucional o convencional—, y, en ausencia de estas normas debemos recurrir al régimen de condiciones previsto en el artículo 954 de la LEC. Desde luego, la petición siempre se hará —a partir del 15 de enero de 2004— a un Juzgado de Primera Instancia (artículo 85,5 de la LOPJ), y la delimitación territorial del mismo se hará en virtud de lo establecido en el artículo 955 de la LEC.

(65) *DOCE*, n.º L 338, de 23-XII-2003, pp. 1-29; Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU: “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *La Ley*, n.º 5944, 30 de enero de 2004, pp. 1-7. En virtud de su artículo 68, éste entrará en vigor el 1 de agosto de 2004. Sin embargo, será aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, salvo los artículos 68 a 70 que se aplicarán desde el día 1 de agosto de 2004. El Reglamento 2201/2003 deroga al Reglamento 1347/2000; y se aplicará a todas las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad dictadas con posterioridad a esa fecha de su entrada en vigor (artículo 64.1).

(66) En concreto, el *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de abril de 2002* señala que: “De conformidad con lo dispuesto en los artículos 42.1º y 2º, 46 y 2.1º y el Anexo I del Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, será de aplicación tanto a las acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, como a las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la misma, señalando como autoridad competente para España los Juzgados de Primera Instancia. Por ello, y habida cuenta que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende se dictó el 27 de abril de 2001, estando ya vigente el citado Reglamento, se ha de afirmar la aplicabilidad del referido Reglamento y, en consecuencia, la incompetencia de esta Sala para conocer del exequátur solicitado” (*RJA*, 2002, n.º 3286). En el mismo sentido: Vid. *Auto TS (Sala 1ª) de 28 de enero de 2003* (*RJA*, 2003, n.º 2479), *Auto TS (Sala 1ª) de 6 de mayo de 2003* (*JUR*, 2003, n.º 125682) y *Auto TS (Sala 1ª) de 31 de julio de 2003* (*RJA*, 2003, n.º 6965). En cuanto a los requisitos o documentación a presentar debe expedirse un certificado con los datos que aparecen reflejados en el Anexo IV del Reglamento 1347/2000 (*Res. DGRN 3ª de 28 de noviembre de 2002*).

El exequátur ya no es competencia del TS

II

Ahora bien, no perdamos de vista, que en el caso de que la decisión de divorcio provenga de un tribunal de un Estado obligado por un tratado internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, ya sea especial o general, debemos estar a sus disposiciones. Hoy, en la jurisprudencia vemos reflejado que a partir de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 las sentencias de divorcio procedentes de países comunitarios –salvo Dinamarca– deben ser ejecutadas de acuerdo a sus disposiciones. Desde luego, una de las primeras imposiciones de aplicabilidad se encuentra en la delimitación de su ámbito temporal, se establece que sólo es aplicable a las sentencias dictadas con posterioridad al 1 de marzo de 2001 (artículos 46 y 42 del Reglamento 1347/2000)⁶⁷.

La ejecución se llevará a cabo ante el Juzgado de Primera Instancia⁶⁸ cuya competencia territorial se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicitare la ejecución; y, en su defecto, será competente el del lugar de ejecución⁶⁹. El problema surge con relación a los matrimonios celebrados en el extranjero. Ahora bien, en este caso, el último *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de abril de 2002* sostiene que:

“queda íntegra la competencia del Juzgado de Primera Instancia del Registro civil en el que esté inscrito el matrimonio para la ejecución en sentido impropio, en defecto de cualquier otro foro que resulte aplicable, respecto de lo cual, se ha de tener presente lo dispuesto en los artículos 12, 15 y 18, párrafo primero de la Ley del Registro Civil de fecha 8 de junio de 1957, conforme a los cuales en el Registro Civil Central se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente otro Registro, y en donde se llevarán los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares.”⁷⁰.

V. CONCLUSIONES

8. En definitiva, para el reconocimiento de sentencias extranjeras en España hoy sigue perviviendo el arcaico sistema previsto en los artículos 951 a 958 de la vieja de la LEC (vid. disposición derogatoria única. 1.3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), hasta que no sea aprobada la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, que ya debería haber sido aprobada, como hemos puesto de manifiesto al principio de este comentario. Ahora bien,

(67) Ello implica que si la sentencia es anterior a esa fecha no se aplica (*Res. DGRN 2ª de 27 de junio de 2002*). Vid. *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003*. Recurso n.º 360/2002. Competencia del Supremo. Sentencia de divorcio francesa dictada en 1991. No es de aplicación del Reglamento 1347/2000. Es aplicable el Convenio bilateral (*JUR 2004\10293*); *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003*. Recurso n.º 116/2003. Competencia del Supremo. Sentencia de divorcio finlandesa dictada en 1978. No es de aplicación del Reglamento 1347/2000 (*JUR 2004\10301*); *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003*. Recurso n.º 162/2003. Competencia del Supremo. Sentencia de divorcio portuguesa dictada en 1991. No es de aplicación del Reglamento 1347/2000 (*JUR 2004\10302*).

(68) Vid. Anexo I del Reglamento 1347/2000; Vid. *Res. DGRN de 4 de mayo de 2002*. Por este motivo se declara incompetente el Tribunal Supremo: Vid. *Auto TS (Sala 1ª) de 9 de abril de 2002 (JUR, 2002\48798)*; *Auto TS (Sala 1ª) de 28 de enero de 2003 (RAJ, 2003\2479)*, *Auto TS (Sala 1ª) de 6 de mayo de 2003 (JUR, 2003\125682)*; *Auto TS (Sala 1ª) de 31 de julio de 2003 (RAJ, 2003, n.º 6965)*.

(69) Vid. artículo 22.2 Reglamento 1347/2000 y *Auto TS (Sala 1ª) de 27 de abril de 2001*.

(70) *RAJ*, 2002, n.º 3286.

con la nueva redacción del artículo 955 de la LEC, los operadores jurídicos tenemos muy claro que el TS no será competente en ningún caso para conocer de un expediente de reconocimiento de resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras. Por ello, se evita que en el futuro tengamos que encontrarnos con fallos como los de los últimos tiempos en que, dependiendo del régimen de reconocimiento, en unos casos la competencia era del Tribunal Supremo y, en otros, en menor medida, podrían conocer los Juzgados de Primera Instancia.

Son múltiples los Autos de la Sala 1ª del TS en los que se ha puesto de manifiesto que era incompetente al ser aplicable un régimen convencional de carácter bilateral o multilateral o el régimen previsto Reglamento 1347/2000 o 44/2001. De hecho, no le correspondía la competencia porque no era aplicable el artículo 955 de la LEC sino la norma internacional que obligaba a España. En concreto, la competencia ya estaba atribuida a los Juzgados de Primera Instancia en algunos de los textos internacionales reseñados⁷¹.

Ahora sólo queda hacer un examen del reparto territorial que se prevé en estos textos. Para ello, tendremos que ir con cuidado a la hora de presentar una solicitud de reconocimiento ya que la propia delimitación territorial interna depende del régimen aplicable: régimen internacional o régimen interno. Este último siempre implicará la aplicación del artículo 955 de la LEC. En el caso de ser aplicable una norma internacional, institucional o convencional, bien multilateral o bilateral, deberá analizarse, con carácter previo, si en dicho texto existe una distribución territorial a la que habrá que estar para evitar la vulneración de las normas internacionalmente pactadas por el Estado español⁷².

De los inconvenientes que pudieran ser alegados en contra de la designación, con carácter general, de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para el reconocimiento y posterior ejecución de las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras sólo uno puede tener ahora

(71) Vid. notas 39 a 58.

(72) Artículo 32.2 Convenio de Bruselas y de Lugano; artículo 22 Reglamento 1347/2000, artículo 39.2 Reglamento 44/2001, artículo 23 Brasil remite al proceso regulado en la ley del Estado requerido; artículo 20.1 Bulgaria remite a la legislación del Estado requerido pero el párrafo 4 exige que las partes se comuniquen por vía diplomática de las modificaciones de su legislación interna que afecten a la competencia de sus tribunales en relación al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales; artículo 23 del Convenio con China también se remite al procedimiento del Estado requerido; artículo 13.2 del Convenio con el Salvador recoge también la distribución territorial al apuntar que debe presentarse la solicitud de reconocimiento ante el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación residiere el demandado o en el que deba tener lugar la ejecución; artículo 13 del Convenio con Francia se remite a la legislación del Estado requerido; artículo 5.1 del Convenio con Israel también hace un envío a la legislación española. así se establece expresamente en el párrafo 2º que se presentará en el Juzgado de Primera instancia competente; artículo 21 del Convenio con Italia con aplicación de la Parte requerida; artículo 25.2 del Convenio con Marruecos; artículo 17 Convenio con México remite a la ley del Estado requerido; sin embargo, el artículo 19.1 prevé que para la ejecución será competente el tribunal del Estado requerido el del domicilio o residencia de la parte condenada o en su defecto el de la situación de sus bienes en el territorio del Estado requerido. Por otra parte, cualquier modificación de la competencia, deberá ser comunicada por vía diplomática (artículo 19.2); el artículo 14.2 del Convenio con Rumania especifica que se presentará ante el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación residiere el demandado o en el que deba tener la ejecución; artículo 10 del Convenio con Uruguay remite a la legislación del Estado requerido; y el artículo 24.7 del Convenio de Rusia también para la ejecución se mantiene la alusión al Derecho de la Parte requerida.

importancia: la ausencia de uniformidad de soluciones. Ciertamente, la descentralización puede dar lugar a eventual contradicción de criterios, desigualdad o incluso facilitar discriminaciones. Ahora bien, la jurisprudencia uniforme se puede alcanzar y la desigualdad, en todo caso, impedir abriendo la vía de los recursos incluido el de casación. Se trataría, indudablemente, de reconducir el régimen interno de reconocimiento más acorde con el sistema previsto en los Convenios de Bruselas, Lugano, Reglamentos 1347/2000, 44/2001 y 2201/2003.

De todo lo expuesto, nos parece, que la primera medida –eliminar la competencia del TS– ha sido positiva; pero, la tramitación del procedimiento de reconocimiento de las resoluciones judiciales y laudos arbitrales, salvo norma internacional, continúa regulándose en los viejos artículos 956 a 958 de la LEC de 1881. Ello nos permite apuntar, que debe procederse a una revisión con urgencia del procedimiento autónomo de reconocimiento, pues seguimos con un sistema que tiene casi ciento cincuenta años; por tanto, de difícil encaje con las exigencias actuales de nuestro Ordenamiento; y, al mismo tiempo, se proceda a eliminar las disfunciones existentes actualmente en los artículos 956 y 957 de la LEC generadas por la nueva redacción del artículo 955 de la LEC.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, P.: “El Convenio europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial”, AA.VV.: *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Madrid, 2000, pp. 273 y ss.
- ANCEL, B. et MUIR-WATT, H.: “La désunion européenne: le règlement dit «Bruxelles II»”, *Revue critique de Droit international privé*, 2001, pp. 403 a 457.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I y vol. II, Granada, Comares, 4ª ed., 2003.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, AA.VV., *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 213 a 239.
- CUARTERO RUBIO, M.V.: “Las Audiencias Provinciales en el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras del Convenio de Bruselas de 1968”, *Aranzadi Civil*, n.º 22/2000.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- GARAU SOBRINO, F.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2003.
- “El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, A-L. CALVO CARAVACA y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 399 a 409.
- GAUDEMET-TALLON, H.: “Le règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *Journal de Droit International*, 2001, pp. 381 a 430.
- GÓMEZ JENE, M.: “El reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *La Ley*, n.º 5321, 2001.
- “Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje”, *La Ley*, n.º 5874, 20 de octubre de 2003.

- GONZALO QUIROGA, M.: “La reforma de Bruselas II: Aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución”, A-L. CALVO CARAVACA y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 469 a 486.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el artículo 27.1 del Convenio de Bruselas)”, *Aranzadi Civil*, n.º 5/2001.
- “Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico”, *Aranzadi Civil*, vol. II, pp. 1815-1832.
- HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002”, *La Ley*, n.º 5715, 10 de febrero de 2003, pp. 1 a 6.
- MOYA ESCUDERO, M.: “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *La Ley*, 4 de noviembre de 2002.
- PUERTO MENDOZA, M.ªL.: “La libre circulación de resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental dentro de la Unión Europea”, *La Ley*, n.º 5616, 20 de septiembre de 2002.
- REMIRO BROTONS, A.: *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Tecnos, 1974.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *La Ley*, n.º 5944, 30 de enero de 2004, pp. 1 a 7.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: “La libre circulación de decisiones de divorcio en la UE tras la entrada en vigor del Reglamento n.º 1347/2000”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n.º 18, 2000, pp. 157 a 208.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: “Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción de sus artículos 7 y 8”, A-L. CALVO CARAVACA y CASTELLANOS RUIZ, E. (dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 741 a 774.

VII. ANEXO LEGISLATIVO

A) Derecho convencional e institucional de carácter general

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (*DOCE*, n.º C 189, 28-VII-1990).

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (*BOE*, 20-X-1994; corr. *ibíd.* 10-I-1995).

Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (*DOCE*, n.º L 160, 30-VI-2000).

Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (*DOCE*, n.º L 12, 16-I-2001).

El exequátur ya no es competencia del TS

II

Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 23 de diciembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000 (*DOUE*, n.º L 338, de 23-XII-2003, pp. 1-29).

B) Régimen convencional bilateral

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983 y Acta de Canje correspondiente, firmada en Madrid el 19 de enero de 1988 (*BOE*, 16-II-1988; *ibíd.* 23-VI-1990; *ibíd.* 24-IX-1992).

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, entre España y la República de Austria, hecho en Viena el 17 de febrero de 1984 (*BOE*, 29-VIII-1985).

Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989 (*BOE*, 10-VII-1991; *corr. ibíd.* 13-VIII-1991).

Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (*BOE*, 30-VI-1994).

Convenio entre España y Colombia sobre ejecución sentencias civiles de 30 de mayo de 1908 (*Gaceta de Madrid*, n.º 108, 18-IV-1909).

Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y la República Socialista de Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 (*BOE*, 3-XII-1988; *corr. ibíd.* 26-I-1989).

Tratado entre el Reino de España y la República Popular China, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992 (*BOE*, 31-I-1994; *corr. ibíd.* 11-III-1994).

Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (*BOE*, 25-X-2001).

Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas de 28 de mayo de 1969 (*BOE*, 14-III-1970). Canje de Notas hispano-francés de 1 de abril de 1974, constitutivo de acuerdo por el que se interpretan los artículos 2 y 17 del Convenio de 28 de mayo de 1969 (*BOE*, 20-IV-1974).

Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989 (*BOE*, 3-I-1991; *corr. ibíd.* 23-I-1991).

Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973 (*BOE*, 15-XI-1977).

Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE*, 25-VI-1997). Dicho Acuerdo se aplica de forma definitiva desde el 1 de julio de 1999 (*BOE*, 25-VI-1999).

Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de

menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE*, 24-VI-1997). Dicho Acuerdo se aplica de forma definitiva desde el 1 de julio de 1999 (*BOE*, 25-VI-1999).

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989 (*BOE*, 9-IV-1991; corr. *ibíd.* 20-IX-1991).

Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho *ad referendum* en Bucarest, el 17 de noviembre de 1997 (*BOE*, 5-VI-1999).

Tratado entre España y Suiza sobre la ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 19 de noviembre de 1896 (*Gaceta de Madrid*, 9-VII-1898).

Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (*BOE*, 1-III-2003).

Convenio entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (*BOE*, 5-II-1992).

Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (*BOE*, 30-IV-1998).

Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990 (*BOE*, 25-VI-1997).

VIII. RESEÑA DE ALGUNAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES

Auto TS (Sala 1ª) de 5 de febrero de 2002. Incompetencia del Supremo. Aplicación del Convenio bilateral con Marruecos (*JUR* 2002\48796).

Auto TS (Sala 1ª) de 9 de abril de 2002. Incompetencia del Supremo. Aplicación del Reglamento 1347/2000. Sentencia de divorcio francesa (*RJ* 2002\3286).

Auto TS (Sala 4ª) de 11 de junio de 2002. Incompetencia del Supremo. Máxime de la Sala 4ª. Aplicación del Convenio de Bruselas. Sentencia portuguesa en materia de trabajo (*RJ* 2002\7802).

Auto TS (Sala 1ª) de 28 de enero de 2003. Incompetencia del Supremo. Aplicación del Reglamento 1347/2000. Sentencia de divorcio francesa (*RJ* 2003\2479).

Auto Aud. Prov. de Granada (Sala de lo Civil. Sección 3ª) de 12 de abril de 2003. Competencia del Tribunal de Primera Instancia. Determinación territorial de juez competente. Aplicación del Convenio bilateral con Marruecos (*JUR* 2003\200924).

Auto TS (Sala 1ª) de 6 de mayo de 2003. Incompetencia del Supremo. Aplicación del Reglamento 1347/2000. Sentencia de divorcio portuguesa (*JUR* 2003\125682).

Auto Aud. Prov. de Cantabria (Sala de lo Civil. Sección 2ª) de 6 de mayo de 2003. Competencia del Tribunal Supremo. Sentencia dictada en Portugal en materia de seguridad social. Materia excluida del Convenio de Bruselas. Necesidad de recurrir al exequátur y aplicación del artículo 955 de la LEC. Incompetencia del Juz-

El exequátur ya no es competencia del TS

II

gado de Primera Instancia (AC 2003\893).

Auto TS (Sala 1ª) de 1 de julio de 2003. Incompetencia del Supremo. Sentencia de divorcio rusa. Aplicación del artículo 24.3 del Convenio bilateral con Rusia (JUR 2003\6882).

Auto TS (Sala 1ª) de 1 de julio de 2003. Incompetencia del Supremo. Aplicación del artículo 32.2 del Convenio de Bruselas. Sentencia francesa pago de cantidad (RJ 2003\6883).

Auto TS (Sala 1ª) de 8 de julio de 2003. Aplicación del Convenio hispano-alemán de reconocimiento. Sentencia modificativa de pensión alimenticia dictada en Alemania (RAJ 2003, n.º 6160).

Auto TS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2003. Incompetencia del Supremo. Aplicación del artículo 2 del Convenio con Suiza. Sentencia de divorcio (JUR 2003\206173). Se citan numerosos Autos aplicando el Convenio con Suiza.

Auto TS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2003. Competencia del Supremo. Sentencia de divorcio dictada por STS de Gibraltar en 1998. Aplicación del artículo 954 de la LEC (RJ 2003\6221).

Auto TS (Sala 1ª) de 31 de julio de 2003. Incompetencia del Supremo. Aplicación del artículo 39 del Reglamento 44/2001. Sentencia francesa de cantidad (RJ 2003\6965).

Auto TS (Sala 1ª) de 12 de septiembre de 2003. Incompetencia del Supremo. Aplicación del artículo 2 del Convenio con Suiza. Sentencia suiza de divorcio (JUR 2003\214974).

Auto TS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 2003. Incompetencia del Supremo. Aplicación del artículo 32.2 del Convenio de Bruselas. Sentencia inglesa de condena de cantidad (JUR 2003\14994).

Auto TS (Sala 1ª) de 7 de octubre de 2003. Reconocimiento de un laudo arbitral dictado en la República Popular China. Aplicación del Convenio de Nueva York. Competencia del TS (JUR 2003\261577).

Auto TS (Sala 1ª) de 9 de octubre de 2003. Incompetencia del Juzgado de Primera Instancia para el reconocimiento de un laudo arbitral dictado en Suiza. Inaplicación del Convenio de Lugano. Aplicación del Convenio de Nueva York (RJ 2003\7231).

Auto TS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2003. Reconocimiento de un laudo arbitral dictado en los Estados Unidos de América. Aplicación del Convenio de Nueva York. Competencia del TS (JUR 2003\261670).

Auto TS (Sala 1ª) de 11 de noviembre de 2003. Reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio. Aplicación del artículo 954 de la LEC. Ausencia de legalización de la resolución extranjera. Archivo provisional de actuaciones (JUR 2003\266482).

Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003. Recurso n.º 360/2002. Competencia del Supremo. Sentencia de divorcio francesa dictada en 1991. No es de aplicación del Reglamento 1347/2000. Es aplicable el Convenio bilateral (JUR 2004\10293).

Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003. Recurso n.º 116/2003. Competencia del Supremo. Sentencia de divorcio finlandesa dictada en 1978. No es de aplicación del Reglamento 1347/2000 (JUR 2004\10301).

Auto TS (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 2003. Recurso n.º 162/2003. Competencia del Supremo. Sentencia de divorcio portuguesa dictada en 1991. No es de aplicación del Reglamento 1347/2000 (JUR 2004\10302).

IGNACIO CAMÓS VICTORIA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Girona.
Miembro de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía.
(ignacio.camos@udg.es)

III

El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo

RESUMEN

EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS Y LA SUFICIENCIA DE TRABAJADORES O LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO COMO LÍMITES PARA LA CONCESIÓN DE PERMISOS DE TRABAJO

El presente estudio tiene por objeto efectuar un examen del contingente como mecanismo regulador de los flujos migratorios, centrado en el contingente para el año 2002, así como en las posteriores reformas aprobadas en el año 2003 y 2004, destacándose el escaso éxito de este mecanismo, a pesar de ser el mecanismo central de control o regulación de los flujos migratorios. También se procede a analizar, teniendo en cuenta pronunciamientos judiciales adoptados en el año 2003, la relación existente entre la situación nacional de empleo y la insuficiencia de trabajadores en territorio nacional y el contingente como sistema de fijación y ordenación de los flujos migratorios a la hora de denegar determinados permisos (autorizaciones) de trabajo al considerarse, de forma equivocada, que la no inclusión en el contingente de un determinado puesto de trabajo, comporta la existencia de trabajadores nacionales que pueden ocupar ese puesto de trabajo y procederse, de esta manera, a la denegación del correspondiente permiso y/o autorización.

THE CONTINGENT OF FOREIGN WORKERS AND THE SUFFICIENCY OF WORKERS OR THE NATIONAL SITUATION OF EMPLOYMENT AS LIMITS FOR THE CONCESSION OF WORK PERMITS

The present paper has for subject matter to make an exam of the contingent as regulatory mechanism of the migratory flows, centered in the contingent for the year 2002, as well as in the later reformations approved in the years 2003 and 2004, standing out the scarce success of this mechanism, in spite of being the central mechanism of control or regulation of the migratory flows. We also analyze, keeping in mind judicial pronouncements adopted in the year 2003, the existing relationship between the national situation of employment and the lack of workers in national territory and the contingent as fixing and arrangement system of the migratory flows on time of refusing certain work permits (authorizations) when being considered, in a wrong way, that the non inclusion in the contingent of a certain job, involves the existence of national

workers that can fill that job and in this way to deny the corresponding permission and/or authorization.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El contingente de trabajadores extranjeros como mecanismo de control de flujos migratorios.

A) Una aproximación al sistema de contingente a partir del año 2002. B) Los cambios introducidos en el sistema de contingente para los años 2003 y 2004.

III. La situación nacional de empleo y la concesión de permisos (autorizaciones) de trabajo.

IV. Los vínculos existentes entre el sistema de fijación del contingente y la insuficiencia de trabajadores en el territorio nacional.

V. Una primera aproximación a alguno de los cambios introducidos en la nueva reforma de la Ley de extranjería.

I. INTRODUCCIÓN

La adopción por parte del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Zaragoza, de la Sentencia de 16 y 30 de junio de 2003, y muy especialmente, del TSJ de Cantabria, sala de lo contencioso-administrativo, Sentencia de 7 de febrero de 2003 y del TSJ de la Comunidad Valenciana, sala también de lo contencioso administrativo, de 15 de abril de 2003, han reabierto el debate en torno, de un lado, a la relación existente, si la hay, entre la situación nacional de empleo y la insuficiencia de trabajadores en territorio nacional y el contingente como sistema de fijación y ordenación de los flujos migratorios, y de otro, en relación con los requisitos que deben cumplir las resoluciones administrativas denegatorias de un permiso o autorización para trabajar basada en alguna de estas circunstancias¹.

(1) Más recientemente, el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 3 de Zaragoza en su Sentencia n.º 225/03, de 18 de septiembre de 2003, ha retomado el tema objeto de este estudio haciendo una importante síntesis de los criterios adoptados en estas sentencias a la hora de diferenciar entre el sistema del contingente y el permiso ordinario llegándose a la conclusión de que no hay concurrencia alguna entre el procedimiento ordinario y el procedimiento establecido para resolver las ofertas atinentes al contingente. En el caso resuelto en esta sentencia la Administración había resuelto la solicitud de permiso de residencia y de trabajo sin consultar al INEM ni justificar que tuviese conocimiento directo de la situación nacional de empleo, procediéndose a la anulación de la resolución recurrida ante la falta de motivación adecuada de la denegación al ser claramente insuficiente la simple afirmación relativa a la existencia de trabajadores en el mercado nacional y al no haberse acreditado la suficiencia de trabajadores ni, en su caso, tal y como se hacía mención en la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2001, la disponibilidad a trasladarse dentro de la provincia de su domicilio al lugar del trabajo. Todas estas sentencias pueden consultarse en su texto íntegro en <http://www.reicaz.es> (web de extranjería).

El contingente de trabajadores extranjeros

III

Al hilo de estos pronunciamientos en el presente trabajo se trata de ahondar sobre ambas cuestiones, efectuando una aproximación al mecanismo del contingente como mecanismo de control de flujos para en un segundo momento de este trabajo pasar a analizar los vínculos existentes entre este sistema y la insuficiencia de trabajadores en el territorio.

Habiéndose optado por la vía del contingente y cerrado, en principio, vías alternativas para el acceso a la regularidad, el establecimiento de estos límites a la concesión de los correspondientes permisos o autorizaciones para trabajar adquiere una relevancia extraordinaria no confiando, en absoluto, a la Administración competente, un poder absoluto para denegar cualquier permiso o autorización al considerar, sin prueba alguna, que existen trabajadores en territorio nacional demandantes de empleo.

La voluntad de estos Tribunales ha sido, tal y como tendremos ocasión de apreciar, la de limitar la discrecionalidad de la Administración en aplicación de estos límites al exigirse una motivación especial a la denegación de un permiso más allá de la simple alegación de la difusa “suficiencia de trabajadores en territorio nacional para la concreta oferta de empleo”.

Gran parte de las cuestiones abordadas en este trabajo aunque parten de un análisis general del sistema de contingentes para determinar ¿qué es? ¿qué ha significado? y ¿qué problemas ha planteado?, se centran en el examen de las cuestiones suscitadas en relación al contingente aprobado para el año 2002 ya que son las que están siendo resueltas por parte de los órganos judiciales en la actualidad.

II. EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS COMO MECANISMO DE CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS

En la misma línea que los Acuerdos y/o Convenios Bilaterales suscritos por España, el contingente de trabajadores extranjeros constituye una vía peculiar de acceso al mercado de trabajo, basada en la necesidad de cubrir determinado número de puestos de trabajo para los que se precisa mano de obra foránea, generalmente en sectores que los trabajadores españoles rechazan o para los que suelen exigir una remuneración mayor, tales como el sector doméstico, la agricultura, la ganadería, construcción, etc.².

Aunque el sistema de contingentes se remonta a 1993³ y se ha mantenido de forma continuada hasta la entrada en vigor de las reformas del año 2000, con la única salvedad de los años 1996 y

(2) M. DE LORENZO SEGRELLES: “Régimen jurídico del acceso de los extranjeros al trabajo en España”, en C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 350.

(3) Vid. al respecto Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 1993. Resolución de 14 de junio de 1993 de la Subsecretaría de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, por la que se dispone la publicación de la de 4 de mayo, por la que se dictan instrucciones generales de procedimiento sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros para 1993 (*BOE* de 17 de junio).

2000. El contingente está regulado en el artículo 70 del RD 155/1996, de 2 de febrero, donde se establecía que: “El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y de Seguridad Social, y de Asuntos Sociales, previa consulta con las organizaciones sindicales 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”.

Como puede observarse el RD 155/1996, de 2 de febrero, abría la posibilidad para que el Gobierno potestativamente y previa consulta e informes oportunos procediera a la fijación de un número de trabajadores extracomunitarios con la finalidad de cubrir puestos de trabajo vacantes no cubiertos por trabajadores nacionales.

La LO 4/2000, de 11 de enero, retomó el tema del contingente, tal y como hemos ya visto, dotándolo de rango legal frente a la cobertura reglamentaria previa y otorgándole un carácter obligatorio al disponerse, a diferencia del artículo 70 que aludía “a la posibilidad de establecer”, que el Gobierno “establecerá”. Se preveía igualmente, por vez primera, su periodicidad anual y se sustituía la expresión “contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios” por la de “contingente de mano de obra”.

Durante la tramitación parlamentaria tanto de la LO 4/2000, de 11 de enero, como de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se puso de manifiesto la importancia dada, desde el punto de vista político, al tema del contingente o cupo de trabajadores extranjeros, plasmada en la redacción del actual artículo 39 en sustitución del artículo 37 de la LO 4/2000, de 11 de enero, utilizado como técnica de normalización organizada de los flujos migratorios⁴.

En la política de contingentes está latente la conveniencia de compaginar el control efectivo de la inmigración mediante restricciones en el acceso al mercado de trabajo con la escasez de mano de obra española o la falta de voluntad de los trabajadores nacionales para cubrir determinados puestos de trabajo en los que las condiciones económicas y/o de trabajo son excesivamente duras⁵.

(4) Tal y como en este sentido se establece en la Resolución de 11 de enero de 2002 por la que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002: “La regulación del contingente de trabajadores extranjeros se articula como un mecanismo idóneo para ordenar los flujos migratorios laborales, porque permite la incorporación sistemática y gradual de los trabajadores extranjeros que requiere nuestro mercado laboral, a través de un procedimiento específico en el que están presentes las notas de celeridad, agilidad y eficacia”. En la resolución de 14 de enero de 2003 en la que aprueba el contingente 2003 se admite la posibilidad de existencia de otras vías para documentar con permisos de trabajo a los extranjeros residentes legales en España.

(5) Vid. al respecto, entre otras, STSJ de La Rioja de 26 de enero de 1998 (Ar. 13), “la conveniencia de compaginar el control de las inmigraciones con la demanda de mano de obra española para cubrir la escasez que –pese al general panorama de desempleo– puede sentirse en determinados sectores de actividad o en concretas zonas geográficas, inspiró la idea de la contingenciación, mediante la cual se venía a delimitar, en términos meramente cuantitativos, el número de trabajadores extranjeros absorbibles en función de la escasez a subvenir”.

El contingente de trabajadores extranjeros

III

Nos encontramos, así pues, ante una medida que si bien diluye, en parte, los efectos de una política rígida en materia de control de los flujos migratorios, se presenta como un procedimiento eficaz para dar respuesta a las necesidades de mano de obra en determinados sectores o áreas geográficas ya que “se trata de un mecanismo de canalización de flujos laborales, que complementa la acción de otros mecanismos de control de flujos (exigencia de visado, control de entrada en frontera, inspección laboral o expulsión) por el que los poderes públicos se responsabilizan de la orientación y dirección de los flujos laborales, en lugar de dejar esta iniciativa exclusivamente en manos del empleador individual o de las Leyes del mercado”⁶.

Existe un vínculo muy directo entre las necesidades de mano de obra “precaria” demandada por los empresarios para hacer frente a las crisis como mecanismo para reducir los costes de la mano de obra, la política de empleo basadas en la temporalidad y flexibilidad y la fórmula de contingentes o cupos adoptada a partir de 1993, ya que ésta pretende satisfacer esta exigencia de carácter netamente económico, “autorizando el trabajo de inmigrantes en sectores económicos –vid. primero servicios (en especial el sector de empleo doméstico), luego agricultura (en especial empleo temporero), después construcción–, respecto de los cuales ha tenido un importante efecto de contención de la crisis, dinamización y modernización. En este sentido no sólo ha permitido la supervivencia de empresas pequeñas y familiares en sectores tradicionales, sino que también empresas de medianas dimensiones han podido reorientarse en la crisis”⁷.

El régimen jurídico vigente del contingente de trabajadores extranjeros aparece recogido en el artículo 39 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, así como en el artículo 65 del RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de esta LO, que desarrolla ampliamente el contingente de trabajadores extranjeros a que hace referencia el artículo 39 citado, contemplando un proceso en el que cabe distinguir una fase previa de análisis de las necesidades del mercado de trabajo a nivel provincial, por sectores de actividad y ocupaciones en concordancia con la situación nacional de empleo⁸, y una segunda fase para la dis-

(6) Y. MARTÍNEZ CANO-CORTÉS: “El contingente de trabajadores extranjeros”, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, P. SANTOLAYA MACHETTI, (coord.): Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 209.

(7) C. MOLINA NAVARRETE: “La política de contingentes: funciones y disfunciones como instrumento de control de la inmigración” en AA.VV.: *Jornadas sobre la Ley de Extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral*. Granada, 8 y 9 de marzo de 2001, EU de Relaciones Laborales Universidad de Granada, Granada, 2001, p. 45.

(8) Tal y como se establece en este artículo 65 corresponde al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la propuesta de determinación del número y las características de las ofertas de empleo que anualmente puedan ser cubiertas por trabajadores extranjeros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000. A los efectos de determinar anualmente el número de trabajadores extranjeros que se precisen, según ámbitos territoriales y sectores de actividad concretos, la Comisión Ejecutiva Provincial o Insular del INEM analizará cada año el conjunto de los puestos de trabajo que las organizaciones empresariales consideren que no podrán cubrirse en el mercado de trabajo nacional, así como la situación general de empleo de la provincia, y elaborará una propuesta que especifique el número y las características profesionales de los trabajadores que se requieran, según los sectores de actividad. En aquellas Comunidades Autónomas en las que no se hayan transferido los Servicios Públicos de Empleo, formará parte de dicha Comisión un representante de la Comunidad Autónoma correspondiente. La Dirección General de Ordenación de las Migraciones podrá

tribución del contingente en el nivel provincial, así como la selección y contratación de los trabajadores extranjeros en los países de origen⁹.

El artículo 39 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, establece que: “El Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, las propuestas que le eleven las Comunidades Autónomas y previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente, siempre que exista necesidad de mano de obra, un contingente para este fin en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España, con indicación de sectores y actividades profesionales”.

participar con voz pero sin voto en las reuniones de tales Comisiones. La propuesta de la Comisión Ejecutiva será elevada al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, quien, con el informe correspondiente, la remitirá a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones.

Para la determinación final del contingente, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales considerará la estimación del número de ofertas que serán cubiertas por personas a las que no se aplica la situación nacional de empleo, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 71 del presente Reglamento.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, teniendo en cuenta las propuestas e informes mencionados en los apartados 2 y 3 de este artículo, las propuestas elevadas al Gobierno por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, así como los datos que se desprendan de otros informes elaborados al respecto, en especial de otros Departamentos ministeriales, procederá a elaborar la propuesta de determinación de un contingente, que será presentada ante la Comisión Interministerial de Extranjería para que ésta informe sobre la procedencia de elevar al Gobierno la aprobación de dicho contingente, sin perjuicio de la puesta en marcha de los programas más adecuados para promover la movilidad geográfica.

El Gobierno procederá a adoptar el Acuerdo correspondiente, previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, que conocerán la propuesta de determinación del contingente a que se refiere el apartado 4 de este artículo, una vez informada por la Comisión Interministerial de Extranjería.

(9) La distribución del contingente en cada provincia se efectuará, en el marco de los criterios fijados por el Acuerdo del Gobierno que apruebe el contingente, con la colaboración de la Comisión Ejecutiva Provincial a que se refiere el apartado 2 de este artículo. Corresponde a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones orientar sobre los mecanismos para permitir la selección de los trabajadores en los países de origen, teniendo en cuenta, en su caso, los Convenios o Acuerdos internacionales suscritos en esta materia, pudiendo participar en esta selección los empresarios o sus organizaciones.

Los contratos de trabajo que se gestionen a través del contingente deberán contener, al menos, los aspectos previstos en el artículo 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, y deberán ser firmados por extranjeros que no se hallen ni sean residentes en territorio español.

El contingente que se fije para la actividad del servicio doméstico tendrá en cuenta las especiales condiciones de esta relación laboral.

La tramitación de los permisos de trabajo y residencia seguirá las normas generales del presente capítulo, a excepción de la gestión de las ofertas de empleo por los Servicios Públicos de Empleo, con las particularidades que el Gobierno introduzca para adaptar la gestión del contingente a las necesidades del mercado de trabajo nacional.

Las solicitudes de permisos de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual se tramitarán por este procedimiento, salvo en los supuestos regulados en los artículos 68, 71 y 79 del presente Reglamento.

El contingente de trabajadores extranjeros

III

Como puede observarse el artículo 39 atribuye al Gobierno la obligación de proceder a establecer con carácter anual, un contingente o “cupo” de trabajadores extranjeros, aunque reduce su imperatividad, por cuanto que no sólo deberá establecerse teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, sino que procederá su fijación cuando exista necesidad de mano de obra.

La fijación del contingente debe efectuarse tomando en consideración las propuestas efectuadas al respecto por las CC.AA. y previa audiencia con el Consejo Superior de Política de Inmigración y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, siendo un contingente dirigido, tal y como se hace constar en el artículo 39 citado, a aquellos trabajadores extranjeros (no comunitarios) que no se hallen ni residan en España.

En relación con esta última cuestión, el artículo 37 de la LO 4/2000, de 11 de enero, se limitaba a precisar que las ofertas de empleo que integraban el contingente se ofrecían a los trabajadores extranjeros no residentes en España, añadiéndose en el actual artículo 39 la exclusión, así mismo, de los extranjeros que se hallen en territorio nacional¹⁰.

Aunque con anterioridad a las reformas del año 2000, el artículo 70 del RD 155/1996, de 2 de febrero, no establecía nada al respecto, la práctica distaba mucho de la realidad sobre la cual se articulaba la política de contingentes por cuanto que no iba dirigida a los extranjeros residentes o que se hallasen en el país de origen, actuaba como una “regularización encubierta” a la que se acogían los extranjeros sin permiso que se encontraban ya en España, desnaturalizando así en cierta forma su teórica función y propiciando la presentación de ofertas que no se correspondían con necesidades reales de contratación¹¹.

La redacción actual del artículo 39 es clara al excluir del contingente a quienes se hallan ya en territorio español provocando una “bolsa de irregulares” difícil de gestionar al estar constituida por aquellos extranjeros que carentes de permiso de trabajo y/o residencia no han podido acceder a la regularización y se encuentran en territorio nacional sin poder acceder a las ofertas de empleo que constan en el contingente, retornando a la concepción originaria de los contingentes, como técnica de control de flujos y canalización de nueva población inmigrante, en atención a las necesidades del Estado de acogida, y no como técnica de regularización¹².

Aunque el actual contingente de trabajadores extranjeros aparece recogido en la Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002¹³, voy a centrar gran parte de mis explicacio-

(10) No obstante había autores como es el caso de Y. MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, que habían considerado que el artículo 37 de la LO 4/2000, de 11 de enero, se dirige a trabajadores que están fuera de España, sin que puedan, así pues, beneficiarse los extranjeros que ya se encuentran en España trabajando sin permiso, por pura congruencia con lo dispuesto en el artículo 29. 3 de esta misma Ley referido a la regularización de estos extranjeros. Cfr. “El contingente de trabajadores...”, op. cit., p. 210.

(11) M. DE LORENZO SEGRELLES: “Régimen jurídico del acceso...”, op. cit., p. 352.

(12) C. MOLINA NAVARRETE: “La política de contingentes: funciones y disfunciones...”, op. cit., p. 51.

(13) BOE de 16 de enero.

nes, en el examen del contingente previsto para el año 2002, haciendo referencia a las valoraciones y análisis que se ha efectuado del mismo al haber sido la fuente jurídica a partir de la que han surgido los problemas jurídicos planteados en las resoluciones judiciales que son objeto de examen en este trabajo, no sin ello renunciar a efectuar una aproximación al contingente para 2003.

A) Una aproximación al sistema de contingente a partir del año 2002

El contingente para 2002 fue aprobado por Resolución de 11 de enero de 2002, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determinaba el contingente de trabajadores extranjeros en régimen no comunitario para el año 2002¹⁴.

Para el año 2002 se había establecido un contingente de un número no superior a 32.079 ofertas de empleo que podían ser cubiertas durante ese año por trabajadores extranjeros de régimen no comunitario, de las cuales 10.884 correspondían a trabajadores para cubrir puestos de trabajo de carácter estable y 21.195 a trabajadores para cubrir puestos de trabajo de carácter temporal.

La determinación del número de trabajadores se había efectuado a partir del análisis de previsiones efectuado por las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM sobre los puestos de trabajo que las organizaciones empresariales habían previsto que no podrían cubrir en el mercado de trabajo provincial, las consideraciones realizadas por las organizaciones sindicales, el número de permisos concedidos, así como los que se encontraban aún en trámite y la situación de empleo provincial.

Las CC.AA. al igual que otros Departamentos y organismos habían remitido al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un informe que había sido tenido en cuenta a la hora de fijar el contingente.

Con carácter previo a su aprobación definitiva la propuesta de contingente, con desglose por provincias, sectores de actividad y ocupaciones había sido informada favorablemente por la Comisión Interministerial de Extranjería y sometida a la consideración del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

La complejidad del procedimiento para la determinación del contingente, especialmente, si tenemos en cuenta las numerosas partes que intervenían, no excluye que, en parte, la fijación del mismo no se ajuste a la realidad del mercado de trabajo dada la dificultad que entraña la determinación, aunque sea a corto plazo, de las necesidades futuras del mercado de trabajo.

(14) BOE de 12 de enero.

El contingente de trabajadores extranjeros

III

De conformidad con lo previsto en la Resolución de 11 de enero de 2002, podían solicitar la asignación de contingente provincial para trabajadores estables las organizaciones empresariales que cumpliesen determinados requisitos como representar en el ámbito provincial a un 10% o más de las empresas o trabajadores de algunos de los sectores que constaban en el anexo I de la resolución, así como contar con ofertas de empresas legalmente constituidas que se comprometían a contratar a trabajadores extranjeros y que no canalizasen dichas ofertas a través de otras organizaciones.

El reparto se efectuaba a propuesta de los criterios propuestos por las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM, valorando, en todo caso, la representatividad sectorial y provincial de la organización y el número de ofertas de sus empresas asociadas.

La Dirección General de Ordenación de las Migraciones, a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y de Protección de los españoles en el Extranjero comunicaba la existencia de ofertas genéricas de empleo y las características de la mano de obra solicitada a la Embajada de España en el país o países hacia los que se orienta la selección de los trabajadores, especialmente aquellos con los que España haya firmado Acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios, a efectos de conocer la disponibilidad de trabajadores en estos países.

La selección se efectuaba de conformidad con lo previsto en el Acuerdo suscrito pudiendo participar las organizaciones empresariales, los empresarios ofertantes o sus representantes.

Realizada la selección debía solicitarse el oportuno visado, ya que la firma del contrato en el país de origen junto con la concesión del visado, tal y como se establecía en la resolución de 11 de enero de 2002, tenía validez de autorización provisional para trabajar, permitiendo la incorporación inmediata de los trabajadores a las empresas, así como su afiliación y el alta en la Seguridad Social.

Al margen del procedimiento ordinario se regulaba una serie de supuestos particulares que afectan a las actividades de temporada y a la actividad del servicio doméstico.

La resolución en la que se determinaba el contingente preveía igualmente que se efectuase una evaluación trimestral sobre el desarrollo del procedimiento, así como la evolución de los factores que mayor incidencia habían tenido en la determinación del mismo, pudiéndose optar por la adopción de medidas de adecuación relacionadas con el contingente inicialmente aprobado cuando la concesión de permisos de trabajo con cargo al procedimiento se agotara antes de la finalización de su plazo anual inicialmente previsto.

El problema fundamental que plantea la política de contingentes se sitúa en torno a la compatibilidad de este procedimiento con el procedimiento general establecido en la Ley y el Reglamento de extranjería, por cuanto que aparentemente “el actual contingente suspende *de facto* el procedimiento general, de tal manera que un extranjero que se encuentre en territorio nacional y que desee iniciar un procedimiento para que se le conceda un permiso de residencia y de trabajo contando para ello con una oferta nominativa, se verá imposibilitado a que al menos sea

estudiado el fondo de su solicitud, al serle inadmitida de acuerdo con el artículo noveno del Acuerdo¹⁵.

De conformidad con lo previsto en el artículo noveno de la Resolución por la que se aprobaba, tal y como hemos visto, el contingente para el año 2002, las solicitudes de permiso de trabajo y residencia en los supuestos previstos en los art(s). 71 –supuestos específicos para la concesión de permisos de trabajo–, 76 –permiso por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos–, Tipo F; 77 –permiso de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Tipo G–; y 79, donde se establecen una serie de autorizaciones para trabajar sin contemplar la situación nacional de empleo¹⁶, se tramitaban a través de sus procedimientos específicos, sin computarse dentro del contingente aprobado, añadiéndose, al respecto, que las solicitudes que pudieran cubrirse a través del contingente anual se tramitaban por el procedimiento recogido en el Acuerdo y, por tanto, serían inadmitidas a trámite si se formulaban por medio de un procedimiento distinto.

Así, las ofertas que correspondían a necesidades reales de mano de obra extranjera, que no pudieran ser gestionadas a través del procedimiento de contingente, por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación contenidos en el mismo, o porque se haya agotado el contingente establecido para dicho sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia, y que no puedan cubrirse por los Servicios Públicos de Empleo por carecer de demandantes de empleo disponibles, se gestionaban a través del procedimiento establecido en la Resolución que aprobaba el contingente para el año 2002, cuando se formulaba propuesta a este respecto por los Servicios Públicos de Empleo y se aprobaba por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70.1.1.3 del RD 864/2001, de 20 de julio, donde se establece que: podrán concederse permisos de trabajo por cuenta ajena en los términos que resulten de las propuestas que a tal efecto puedan formular los servicios públicos de empleo correspondientes. Dichas propuestas especificarán el ámbito sectorial y territorial al

(15) M. VALIENTE OTS: “El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002”, en AA.VV.: *Especial Ley de Extranjería. La Ley, Diarios de noticias*, marzo 2002, p. 11.

(16) Entre éstas se encuentran: a) Los extranjeros documentados con autorización de estancia por estudios; b) Los extranjeros titulares de un permiso de residencia temporal en los supuestos previstos en los apartados 2.d) y 3 del artículo 41 del RD 864/2001, de 20 de julio; c) Los extranjeros autorizados a permanecer en España mediante documento de solicitante de asilo al amparo de lo previsto en el artículo 13.2 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero; d) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles inscritos en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras o en buques españoles en virtud de Acuerdos internacionales de Pesca Marítima; y e) Los extranjeros que realicen prácticas profesionales y de formación cuando concurren las siguientes circunstancias: Que empresas españolas o extranjeras residentes en España ofrezcan realizar prácticas profesionales o de formación que habiliten para el ejercicio profesional o el desempeño de un oficio o puesto de trabajo determinado; Que las personas extranjeras interesadas sean nacionales de países con los que España haya suscrito Convenios o Acuerdos internacionales en esta materia o de países que de hecho ofrezcan facilidades a los españoles para realizar prácticas profesionales en su territorio; Que las prácticas profesionales se realicen en una actividad directamente relacionada con los estudios realizados, o con el oficio o puesto de trabajo que se vaya desempeñar o que se formalice un contrato de trabajo según las modalidades previstas por la legislación laboral española para las prácticas y la formación.

que deban restringirse los permisos de trabajo que se otorguen a su amparo y complementarán las previsiones de mano de obra extranjera que hubieren sido tenidas en cuenta en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros, sin que los permisos otorgados por este procedimiento computen a efectos de los citados contingentes.

Precisamente estas dificultades que, con el nuevo sistema, supone el acceso al permiso de residencia y de trabajo por parte de quienes encontrándose en territorio nacional tienen ofertas de empleo, fue el motivo por el cual 15 organizaciones no gubernamentales de todo el Estado decidieron interponer un recurso ante el TS contra el apartado de la normativa sobre contingente que impide la posibilidad de legalización a través de la presentación de una oferta de trabajo, por el régimen general, abocando a estos inmigrantes hacia la irregularidad o si optan por solicitar el permiso de trabajo a que se les deniegue automáticamente y se les ordene abandonar el territorio español bajo amenaza de expulsión.

Teniendo en cuenta los efectos que ha provocado sobre las diferentes modalidades de solicitud de permiso de trabajo y de residencia, los apartados 2º y 3º del punto noveno del Acuerdo de Consejo de Ministros sobre el contingente para el año 2002, al modificar los artículos 65.10 y 11 y 70.1.1.3 del RD 864/2001, de 20 de julio, dejando sin efecto las normas generales sobre el procedimiento establecido en la sección 5ª capítulo II conforme a las cuales el extranjero que residía en España podía solicitar hasta la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre el contingente –el 14 de enero de 2002–, permiso de trabajo y de residencia de conformidad con lo previsto en los artículos 80, 81.1 y 83.6 del citado RD 864/2001, de 20 de julio, donde se establece, entre otras cuestiones, quiénes son los sujetos legitimados para solicitar la concesión inicial de los permisos de trabajo y residencia o su renovación y cuál es la documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación, el Juzgado de lo Contencioso n.º 2 de Valencia¹⁷, ha optado por considerar que el citado acuerdo no puede privar al extranjero de su derecho a solicitar permiso de trabajo por el régimen general previsto en el artículo 70 del Reglamento y a obtener una respuesta positiva o negativa.

Tal y como señala este Juzgado el Acuerdo de Consejo de Ministros en el que se establece el contingente dispone: una inadmisión a trámite, por motivos formales, la inadecuación del procedimiento, suprime el procedimiento general del artículo 70.1.1.3, establece un único procedimiento el del contingente para obtener permiso de trabajo, impide a los extranjeros que se encuentren en España solicitar permiso de acuerdo con la Ley y el Reglamento, infringiéndose con ello la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁸, que en su artículo 89.4 establece que: “En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento”, resultando que está previsto en nuestro ordenamiento

(17) Vid. el contenido de esta sentencia en <http://www.reicaz.es> (web de extranjería).

(18) BOE de 27 de noviembre.

(LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y RD 864/2001, de 20 de julio) la solicitud de permiso de trabajo y de residencia, su tramitación y su resolución respecto a los extranjeros que se hallen dentro o fuera de España, al margen del contingente anual.

De los datos consultados en su momento sobre la aplicación efectiva del contingente durante el año 2002 una vez transcurridos 8 meses desde la entrada en vigor de éste a partir de los datos facilitados por el Gobierno, los empresarios sólo habían cubierto 2.063 de las 32.079 ofertas de empleo previstas, lo que evidenciaba ya entonces el fracaso de la política de contingente, fracaso reconocido por el propio Gobierno¹⁹ y que, sin duda alguna, condicionaba, en gran medida, el éxito de la política de inmigración al haberse optado decididamente por el sistema de contingente en la gestión de los flujos migratorios.

Entre los motivos expuestos por los sindicatos, las organizaciones empresariales y el gobierno como causantes de este claro desajuste entre las ofertas previstas y ofertas cubiertas, se alude, no sólo al error de cálculo de la Administración por lo que respecta a las necesidades estimadas de trabajadores, sino muy especialmente a las importantes trabas administrativas existentes que comporta que, en ocasiones, las empresas deban esperar hasta 6 meses para poder cubrir el puesto de trabajo solicitado y aceptar un inmigrante de nacionalidad, o incluso con un perfil diferente del solicitado, así como a la falta de preparación de las oficinas consulares y/o embajadas para la gestión de las ofertas de empleo que conforman el sistema de contingentes.

Los importantísimos déficits detectados en el sistema de contingente para el año 2002 no han sido un obstáculo para que, a pesar de ello y de la supresión polémica del denominado régimen general, las empresas hayan podido contratar trabajadores y haya aumentado considerablemente el número de afiliados a la Seguridad Social²⁰.

La exclusión de las ofertas nominativas, la falta de instrumentos públicos de preselección y canalización de las ofertas de trabajo a inmigrantes, la participación limitada de las administraciones implicadas y los numerosos retrasos y desajustes en la gestión de las ofertas de empleo fueron algunos de los factores que contribuyeron al fracaso del sistema de contingentes para el año 2002, lo que obligaba al gobierno a efectuar un giro de 180 grados y modificar el sistema de contingentes, contando más activamente con la participación de los interlocutores sociales y las

(19) Vid., en este sentido, las manifestaciones efectuadas por el Ministro del Interior Ángel Acebes en el Congreso de los Diputados el 17 de septiembre de 2002, donde se reconoce la existencia de trabas en el actual sistema de contingentes y se anuncia la reforma de este procedimiento con la finalidad de eliminar las trabas administrativas para la contratación de trabajadores extranjeros. En este mismo sentido *El País* de 30 de septiembre de 2002 informa que un documento del Ministerio de Trabajo, fechado el 18 de septiembre de 2002, viene a reconocer el fracaso que ya evidencian las cifras, vid. titular: "Trabajo (El Ministerio de Trabajo) admite «retrasos», «falta de medios» y «errores» en el contingente de inmigrantes".

(20) Tal y como señala CC.OO. de Catalunya en su documento *Posició de les CC.OO. de Catalunya davant l'inici del procés per a la determinació del Contingent de treballadors i treballadores immigrants 2003*, esto ha sido así porque muchos expedientes de los procesos de regularización de años anteriores a 2001 ha sido resueltos a finales del año 2001 o durante el principio del año 2002, provocando, no que la economía española padezca escasez de mano de obra, sino que una parte cada vez más grande de ésta esté trabajando de forma irregular.

CC.AA. y, muy especialmente, tomando como punto de referencia que las necesidades empresariales de mano de obra, en la gran mayoría de las ocasiones, son inmediatas y difícil de programar de ahí que un sistema excesivamente burocratizado y falto de eficacia y agilidad administrativa está condenado al fracaso²¹.

B) Los cambios introducidos en el sistema de contingente para los años 2003 y 2004

El contingente 2003, cuya tramitación y negociación se inició a partir de septiembre de 2002, trató de corregir alguno de los déficits advertidos en el contingente 2002, aunque manteniendo los principales ejes del sistema previsto en la Ley de extranjería.

En lo que concierne a los detalles referentes a la puesta en práctica del contingente para 2003, la Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002 describía los rasgos más destacados del procedimiento de contratación, fijando el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legalmente en España y a extranjeros que no se hallen ni residan en España.

Tal y como ya se establecía en la Resolución de 11 de enero de 2002, se defendía las virtudes del sistema de contingente, aunque constatado el fracaso en la aplicación práctica de este sistema, optándose por sustituir las alusiones contenidas en la Resolución de 2002 referidas al contingente como mecanismo idóneo –casi único– para la incorporación sistemática y gradual de los trabajadores extranjeros, por relativizar su trascendencia al admitirse en la Resolución de 2003, que pueden existir otras vías para documentar con permisos de trabajo a los extranjeros residentes legales en España o en el extranjero.

Frente al complejo y rígido sistema del contingente 2002, y teniendo en cuenta la experiencia del mismo, se trató de simplificar el sistema introduciendo mecanismos de flexibilidad que lo perfeccionaran para, de esta manera, satisfacer las necesidades reales de las empresas con mayo-

(21) En el documento elaborado por el PSOE *un modelo de contingente adecuado a las necesidades de España* en el que se hace un balance del contingente para el año 2002, y se esbozan cuáles son las directrices para el contingente del año 2003, se apunta como críticas al sistema: que las previsiones han resultado fallidas y que el método para realizarlas se ha revelado inadecuado; que la distribución por provincias ha introducido una parcelación excesiva y prescindible; que las exigencias para que los empresarios puedan contratar a través del contingente han resultado exageradas; y, en definitiva, que los procedimientos de solicitud, reserva, evaluación, asignación, reasignación, han contribuido a la multiplicación innecesaria de trámites burocráticos, introduciendo rigideces en un instrumento que exige agilidad y flexibilidad. Por todo ello se aboga para que en el nuevo contingente para el año 2003 se efectúen cambios en profundidad para que: las previsiones sean más metódicas y elaboradas; el reparto se efectúe a nivel estatal; los empresarios no tengan por qué demostrar reiterada y sucesivamente su necesidad de mano de obra, sino en el momento de la contratación; se garantice la participación de las organizaciones sindicales y empresariales durante el período de evaluación de las necesidades de mano de obra y también durante el período de asignación; defendiéndose la necesidad de adaptar la Administración a las nuevas realidades que se plantean en el siglo XXI mediante la creación de una Agencia Española de Migraciones que recoja competencias actualmente dispersas en los Ministerios de Interior, Trabajo y Asuntos Sociales, de Asuntos Exteriores y de Sanidad. Vid., al respecto, <http://www.psoe.es>.

res garantías de celeridad y eficacia²², permitiéndose, entre otras cuestiones, la reasignación del contingente a escala general con el objeto de adaptar las previsiones de contratación de trabajadores extranjeros a las necesidades de mano de obra nacional.

Se distinguía en el contingente 2003 entre gestión de ofertas de empleo de carácter estable, gestión de ofertas de empleo de carácter temporal y puestos de trabajo estable en el servicio doméstico, diferenciando dentro de cada una de estas categorías entre ofertas genéricas y ofertas nominativas.

Aunque la gestión del contingente seguía realizándose, en nombre de las empresas que pretendan contratar trabajadores extranjeros, por parte de las organizaciones empresariales de ámbito provincial se admitía, en el caso de las ofertas de empleo de carácter estable, la posibilidad de que las empresas que quisieran contratar a un número de trabajadores extranjeros no inferior a 5 pudieran presentar las ofertas de empleo agrupadas por ocupaciones y los contratos solicitud de permiso firmados por el empresario.

Se admitía, así pues, para las empresas que quisieran contratar a 5 o más trabajadores extranjeros, la posibilidad de solicitar directamente las ofertas de empleo, aunque, de conformidad con el contenido de la Resolución parece que se limitaba el contingente a los inmigrantes que no se hallen ni residan en España y parece que sólo puede desarrollarse con los países con los que exista el correspondiente Acuerdo sobre Regulación y Ordenación de Flujos Migratorios, que cuenten con un órgano de preselección adecuado, ya que la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, teniendo en cuenta las ofertas presentadas y, en su caso los Acuerdos existentes, asumía el deber de comunicar a las autoridades competentes de estos países, en concreto al órgano encargado de la preselección y en el plazo de 15 días las ofertas presentadas, a través de la Embajada de España en esos países, con la finalidad de facilitar la disponibilidad de trabajadores que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones aprobadas²³.

Para el año 2003 se admitía, como gran novedad las ofertas nominativas aunque sólo para contratar a trabajadores extranjeros que no se hallasen ni fuesen residentes en España. En estos

(22) Frente al sistema de contingente 2002 donde se establecía de forma rígida que el número de ofertas de empleo no podía exceder de 32.079 desglosadas en 10.884 trabajadores para cubrir puestos de trabajo de carácter estable y 21.195 trabajadores para cubrir puestos de trabajo de carácter temporal, el contingente 2003 quedaba inicialmente fijado en la Resolución de 14 de enero de 2003 en 10.575 puestos de trabajo de carácter estable, permitiéndose, a pesar de la distribución por provincias, sectores de actividad y ocupaciones, la posibilidad de que la Dirección General de Ordenación de las Migraciones efectúe una reasignación a lo largo del año para adaptar las previsiones iniciales a las necesidades reales de mano de obra nacional. Por su parte, el contingente 2004, aprobado en Resolución de 29 de diciembre de 2003, opta al igual que para el año 2003, por fijar una cifra inicial, en concreto, 10.980 puestos de trabajo de carácter estable, estableciéndose como novedad, con el objeto de adaptar las previsiones de contratación de trabajadores extranjeros a lo largo del año a las necesidades reales de mano de obra nacional, la posibilidad de que la Dirección General de la Ordenación de las Migraciones disponga no sólo de la reasignación antes citada, sino también su ampliación a propuesta, en este caso, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo.

(23) Vid., al respecto, apartado 3º del acuerdo primero y apartado 3º del acuerdo segundo de la Resolución de 14 de enero de 2003 completado con instrucción segunda de la Resolución de 30 de enero de 2003 para el contingente del año 2003, así como estos mismos apartados de la Resolución de 29 de diciembre de 2003 en la que se fija el contingente 2004 y la resolución de 22 de enero de 2004 en la que se fijan las Instrucciones para el contingente 2004 (BOE de 29 de enero).

casos la selección, sea ésta directa o a través de las organizaciones empresariales que las representen, debía realizarse por empresas que pertenezcan al mismo grupo que la empresa española contratante, o bien debía acreditarse que se trata de un extranjero que ha sido titular de un permiso de trabajo en España, habiendo retornado posteriormente a su país de origen en el que se encuentra, para lo cual era necesario que las solicitudes de visado vinculadas a los permisos de trabajo se presentasen personalmente por los trabajadores a los efectos de realizar, de esta manera, la comparecencia prevista en el artículo 13.2 del RD 864/2001, de 20 de julio, y acreditar la residencia en el país de la solicitud.

Se incluía, también, la posibilidad de que la propia Dirección General de Ordenación de las Migraciones autorizase la contratación nominativa de carácter excepcional, debiéndolo poner en conocimiento de la Subcomisión formada por representantes de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Asuntos Exteriores, Interior y Administraciones Públicas, autorización que si bien su inconcreta formulación podía dar lugar a interpretaciones controvertidas, “abre expresamente las puertas a un denominado procedimiento nominativo de contratación de trabajadores en el marco del contingente, que resulta más ajustado a la realidad sociolaboral española”²⁴.

Aunque a través del procedimiento de ofertas nominativas introducido en el contingente 2003 se permitía la regularización de trabajadores extranjeros que se encontraban en España sin el correspondiente permiso de trabajo era necesario que éstos hubiesen tenido algún permiso anterior, que se encontraran en su país de origen en el momento de presentar la solicitud y que la oferta nominativa hubiera sido formulada por una empresa que pertenezca al mismo grupo que la empresa contratante. Como puede observarse, las posibilidades de regularización eran mínimas ya que el incumplimiento de alguna de estas tres condiciones anulaba la opción de la contratación nominal.

En el caso de la gestión de ofertas de empleo de carácter temporal, se distinguía en el contingente 2003 entre actividades temporales en la agricultura, trabajadores de campañas anteriores y otras actividades temporales. En estos tres supuestos no era necesaria la gestión de las ofertas de empleo ante los Servicios Públicos de Empleo ni el informe de la Comisión provincial respectiva cuando se trataba de la tramitación de expedientes de solicitudes de permisos de trabajo a favor de trabajadores que ya hubieran sido titulares de un permiso de trabajo de temporada (tipo “T”) en campañas anteriores. En los otros dos casos la intervención tanto del Servicio Público de Empleo como el Informe citado eran preceptivos.

Por lo que respecta a los trabajos en el servicio doméstico, se distinguía también, al igual que veíamos en el caso de las ofertas de empleo de carácter estable, entre ofertas genéricas y ofertas nominativas. En el primer caso, la ausencia de organizaciones de empleadores en este sector condicionaba el procedimiento a seguir, al igual que sucedía con el contingente 2002, optándose porque fueran los servicios públicos de empleo los que, previo informe de la Comisión Eje-

(24) P. AGUELO NAVARRO: “Consideraciones acerca del contingente 2003”, en <http://www.extranjeria.info>, p. 3.

cutiva Provincial del INEM, solicitasen ante las Áreas y Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales, la asignación de un número determinado de los trabajadores extranjeros aprobados para el servicio doméstico en la provincia, asumiendo de esta manera un programa específico de intermediación dirigido a facilitar la contratación en esta actividad.

Precisamente es en relación con este Programa de intermediación donde se apreciaban las diferencias más significativas entre el contingente 2002 y el contingente 2003, por cuanto que se concretaba el alcance del citado programa pero, sobre todo, porque se preveía el establecimiento de una coordinación-información territorial que facilitara la inserción de estos trabajadores, recogiendo incluso la posibilidad de que si transcurridos tres meses desde la entrada en España hubiera dificultades para el empleo de estos trabajadores en el ámbito del Servicio Público de Empleo competente, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones pudiera autorizar la contratación en otra CC.AA. o provincia distinta a la inicialmente prevista.

También se habilitaba la contratación nominativa en este sector de aquellos trabajadores que no se hallasen ni fuesen residentes en España cuando éstos, tal y como veíamos antes, hubiesen sido titulares de un permiso de trabajo con anterioridad, habiendo regresado posteriormente a su país de origen.

Se preveía igualmente la posibilidad de contratación nominal para aquellos casos en los que el empleador habiendo residido temporalmente en un país extranjero distinto del de su nacionalidad pudiera demostrar haber tenido una relación laboral previa en ese país con el trabajador que se desea contratar.

En todos estos supuestos de contratación nominativa en el sector doméstico el empleador presentaba ante las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales los contratos de trabajo-solicitud de permiso de trabajo y residencia así como la documentación correspondiente que acredite que el trabajador ha disfrutado de un permiso con anterioridad, o en su caso, que el empleador ha residido con anterioridad en el país extranjero y que existía un previa relación laboral entre éste y el trabajador que se pretende contratar.

Una de las novedades más relevantes del contingente 2003 y que mayor resonancia mediática tuvo fue la consideración o validez otorgada al visado concedido por la autoridad consular junto con el contrato de trabajo firmado en el país de origen como si de un permiso de trabajo se tratara, frente al valor de autorización para trabajar previsto en el contingente 2002, a los efectos de la incorporación inmediata de los trabajadores en la empresa, su afiliación y alta en la Seguridad Social, procediéndose, de esta manera, a una simplificación del procedimiento dotándolo de una mayor agilidad²⁵.

(25) El permiso de trabajo será de tipo B inicial y los empresarios disponen de un plazo máximo de un mes desde la entrada de los trabajadores en España para presentar los contratos de trabajo y la solicitud del permiso de trabajo y de residencia.

El contingente de trabajadores extranjeros

III

Por su parte, las solicitudes de permiso de trabajo en los supuestos contemplados en los artículos 71, 76, 77 y 79 del RD 864/2001, de 20 de julio, y de nacionales de países que en aplicación de Acuerdos Internacionales no sea necesario contemplar la situación nacional de empleo seguían siendo tramitadas, tal y como se establecía en el apartado séptimo de la Resolución de 14 de enero de 2003, a través de sus procedimientos específicos no computando dentro del contingente aprobado²⁶.

La aplicación de estos procedimientos específicos también se extendía a favor de aquellos trabajadores extranjeros residentes legales en España, o que tuvieron concedida la exención de visado.

Por lo que respecta al año 2004, aunque se reconoció, por parte de las autoridades gubernativas que a fecha de 9 de diciembre de 2003 el cumplimiento del contingente había sido desigual por cuanto que de los 10.575 puestos estables previstos se habían presentado 3.490 ofertas, lo que suponía un 33% de las ofertas previstas, mientras que en el caso de los trabajos de temporada, las estimaciones de 13.672 puestos se vieron rebasadas por las ofertas ya que se presentaron 21.629 ofertas, llegándose a considerar que el sistema de contingente sólo alcanza a cubrir el 19,42% de las contrataciones, ya que del total de permisos de trabajo nuevos concedidos en el año 2003 129.282, 25.119 correspondían al Contingente, el resto, 104.163, fueron contratados por otras vías: 66.880 correspondían al Régimen General; 21.471 fueron para extranjeros residentes legales en España y 15.815 permisos fueron concedidos por razones excepcionales (desde inmigrantes con tarjeta de residencia, pasando por solicitantes de asilo y extranjeros que colaboran con la justicia, a aquellos que demuestran arraigo en España)²⁷, el sistema de contingente para 2004 se mantiene en términos muy parecidos al descrito para el año 2003, manteniendo la estructura ya descrita para el contingente del año 2003.

Son ciertamente escasas las modificaciones introducidas en la Resolución de 29 de diciembre de 2003, por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004, respecto a la Resolución referida al año 2003.

Se insiste en las virtudes del sistema, especialmente, en el hecho de que este mecanismo puede permitir, previo análisis de la situación nacional de empleo, la contratación de trabajadores en sus lugares de origen, en términos de legalidad y con todas las garantías, sin perjuicio, tal y como se pone de manifiesto en los datos facilitados por el Gobierno, de la existencia de otras vías para documentar con permisos de trabajo a los residentes legales en España o en el extranjero, o que

(26) Tal y como señala P. AGUELO NAVARRO, "el Acuerdo (en referencia a la Resolución 14 de enero de 2003) no se atreve a nombrar el denominado procedimiento régimen general y se limita a hablar de procedimientos específicos. Quizás, con ello se quiere invertir lo que es general en especial y lo que debería ser particular o complementario, el Contingente, en lo ordinario". Cfr. "Consideraciones acerca...", op. cit., p. 5.

(27) Vid., Declaraciones del delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, Sr. Gonzalo Robles, en las que se reconoce que el contingente 2003 ha cubierto menos ofertas estables que el de 2002, a pesar de que se modificó para hacerlo más ágil y eficaz. *Europa Press* 11-12-2003.

se hallen en España en los supuestos previstos en el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, aunque, a diferencia del sistema para 2003, se elude la referencia expresa contenida en la Resolución de enero de 2003 a la necesidad de simplificar el procedimiento, flexibilizándolo y perfeccionándolo.

Entre las novedades más destacables cabe citar el reconocimiento establecido en el apartado primero de esta resolución, a la posibilidad, no sólo de proceder, tal y como ya se preveía para el año 2003 a una reasignación del contingente a escala nacional, sino también a una ampliación del mismo, a propuesta, en este caso, de la Dirección General del Instituto de Empleo, a solicitud de las organizaciones empresariales o de los Servicios Públicos de Empleo, previo informe emitido en el plazo de 15 días, teniendo el silencio carácter positivo, por parte de la comisión ejecutiva provincial del INEM.

Por su parte, si bien estaba ya previsto en el contingente 2003 la posibilidad de que las organizaciones empresariales sectoriales celebrasen acuerdos sectoriales de colaboración y presenten ofertas de empleo ante la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, extendiéndose la posibilidad de canalizar ofertas de empleo ante esta Dirección General por parte de las empresas que fuesen a contratar a más de 50 trabajadores, cuenten con una plantilla superior a 100 trabajadores y tengan centros de trabajo en varias provincias, exigiéndose que éstas especifiquen las provincias en las que los trabajadores realizarán su actividad, el contingente para 2004 mantiene esta misma previsión, en los términos descritos, si bien la extiende a las empresas que vayan a contratar más de 30 trabajadores extranjeros.

Se opta en el contingente 2004 por dejar constancia muy clara de la preferencia del gobierno a favor de los países con los cuales se ha suscrito un acuerdo en materia de flujos migratorios a la hora de proceder a la remisión de las ofertas presentadas, no en vano, tal y como se establece en el punto 3º del apartado 2º de la Resolución de 29 de diciembre, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones remitirá estas ofertas a los órganos encargados de la preselección teniendo en cuenta las características de las ofertas presentadas, la propuesta del empleador y preferentemente los acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios.

Si bien con anterioridad ya se hacía referencia a estos acuerdos, su valoración a la hora de proceder a la remisión de las ofertas presentadas era potestativo, a partir de enero de 2004, se convierte en un criterio preferente.

Por su parte, una vez comunicadas las ofertas al órgano encargado de la preselección por parte de la embajada de España, deberá tal y como se destaca en el contingente 2004, acordar con las autoridades competentes de los países de origen la fecha y el lugar para la selección de los trabajadores, frente al criterio mantenido con anterioridad que atribuía a la propia embajada la facultad para fijar la fecha y el lugar de la selección.

De conformidad con las novedades legislativas introducidas por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, cuya entrada en vigor se produjo el 21 de diciembre de 2003, por lo que respecta al visado al que se dota de una

El contingente de trabajadores extranjeros

III

función adicional como es la de ser una acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y o trabajar, en el apartado 4º de la Resolución de 29 de diciembre de 2003 se alude de forma expresa a los efectos del visado de trabajo y residencia.

Así, tal y como se establece en este apartado, el visado concedido por la autoridad consular incorporará la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena haciendo referencia al contingente 2004 cuya vigencia de 1 año comenzará a computarse desde la fecha en que se efectúe la entrada habilitando a quien lo posea para residir.

Si bien en algunos casos se pueden establecer límites geográficos y para determinados sectores de actividad, este nuevo visado permite la incorporación inmediata del trabajador en la empresa así como su afiliación y alta en la Seguridad Social aunque, por lo que respecta al cumplimiento de estas dos obligaciones para con la Seguridad Social, será necesario presentar junto al visado el contrato de trabajo.

En cumplimiento con lo previsto en el nuevo apartado 2º del artículo 4 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en la redacción dada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, donde se hace referencia a la necesidad que tienen todos los extranjeros a los que se les haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a 6 meses de proveerse de un nuevo documento como es la tarjeta de identidad de extranjero como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, en el nuevo sistema de contingente 2004 se regula la obligación de solicitar personalmente en el plazo de un mes dicha tarjeta ante el órgano competente, como es obvio, obligación limitada a aquellos a los que se les haya expedido dichos documentos por un período superior a 6 meses tal y como consta en la Ley de extranjería, ya se trate de trabajadores sujetos a una oferta de empleo de carácter estable o a una oferta de empleo de carácter temporal, incluyéndose, como es obvio, el servicio doméstico.

Durante el mes de que dispone el trabajador para proceder a solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, en el caso de las ofertas de empleo de carácter estable, los empresarios asumen una doble obligación: de un lado, presentar el contrato de trabajo firmado por ambas partes ante las Áreas o dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales y, de otro, comunicar el contenido del contrato a los Servicios Públicos de Empleo.

Por lo que respecta a las ofertas de empleo de carácter temporal en la Resolución de 29 de diciembre de 2003, a diferencia de lo que sucedía con el contingente 2003, donde se optaba por una remisión, por lo que respecta a la tramitación de estas ofertas, a lo previsto en los artículos 78 y 89.1, 2 y 3 del RD 864/2001, de 20 de julio, incluyéndose tan sólo algunas particularidades en la Resolución por la que se aprobaba el contingente, en el nuevo contingente se opta por desarrollar el procedimiento de forma expresa. Así por ejemplo, las solicitudes, ya se trate de ofertas de empleo de carácter temporal nominativas o genéricas, deberán ser presentadas por las empresas o por las organizaciones empresariales, que para estos supuestos ostentarán la representación legal empresarial, ante los órganos competentes, tres meses antes, como mínimo, del inicio de la actividad laboral, siempre y cuando las ofertas de empleo no hayan sido

cubiertas en el mercado laboral (interno) por carecer de trabajadores disponibles según los Servicios Públicos de empleo.

Será, pues, necesario que este Servicio emita una valoración favorable de la solicitud presentada, en especial, respecto a la falta de trabajadores en el propio mercado laboral para responder a la oferta de empleo solicitada. No se valorará, en cambio, la situación nacional de empleo cuando se trate de trabajadores contratados en campañas anteriores que hubieran acreditado su regreso ante la autoridad consular, los conocidos como “repetidores”²⁸.

En el caso de los puestos de trabajo estables en el servicio doméstico, la asignación de un número determinado de trabajadores extranjeros deberá efectuarse, tal y como se establece en el punto 1º del apartado 6º de la Resolución por la que se aprueba el contingente 2004, previa comprobación de que se han presentado ofertas de empleo que no han podido ser atendidas.

En dicha resolución se regula el procedimiento que se debe llevar a cabo a la hora de tramitar las solicitudes, proceder a la selección de trabajadores y la comunicación de esta selección a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, así como la asignación del número de identificación como extranjero previa comprobación de la inexistencia de antecedentes penales, trámites cuya duración no puede exceder del plazo máximo de 1 mes.

Finalmente es necesario destacar que a la espera de la más que probable próxima entrada en vigor del Reglamento de ejecución de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y en el plazo máximo de 3 meses se autoriza, en la resolución en la que se aprueba el contingente 2004, a aprobar, por parte de los ministerios y centros directivos competentes, una convocatoria para la concesión de visados de búsqueda de empleo.

El visado de búsqueda de empleo que, de conformidad con lo establecido en la LO 14/2003, de 20 de noviembre, se inserta en el sistema de contingente de trabajadores extranjeros por cuanto que será en el marco del contingente anual de trabajadores extranjeros donde se podrá establecer un número determinado de visados de este tipo constituye una de las principales novedades de la última de las reformas del marco jurídico en materia de extranjería.

Este nuevo visado que está dirigido a dos colectivos específicos como es el caso de los hijos o nietos de españoles de origen y para determinados sectores de actividad u ocupaciones autoriza a desplazarse dentro del territorio español durante estos 3 meses, una vez transcurridos estos 3 meses si el ciudadano extranjero no ha obtenido un puesto de trabajo estará obligado a salir del territorio incurriendo en una infracción grave en caso de no abandonar el territorio nacional,

(28) En el año 2003 fueron un total de 21.000 trabajadores extranjeros que han ocupado puestos de temporada y que, por tanto, tienen derecho a regresar el año 2004. La tendencia, según fuentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales es que regresen un 60% de los “repetidores”, es decir unos 12.000.

situación ésta que podrá ser objeto de una multa e incluso de una orden de expulsión y lo que es más importante no podrá obtener una autorización para trabajar en el plazo de 2 años²⁹.

III. LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO Y LA CONCESIÓN DE PERMISOS (AUTORIZACIONES) DE TRABAJO

La situación nacional de empleo y/o la suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa actúan como límites tanto para la concesión inicial del permiso de trabajo ya que de acuerdo con lo que se establece en el artículo 70.1.1.a) del RD 864/2001, de 20 de julio, por lo que respecta a la concesión inicial del permiso de trabajo se tendrá que tener en cuenta la insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para desarrollar la profesión o el puesto de trabajo solicitado por la empresa, como a la hora de fijar el contingente de trabajadores extranjeros, por cuanto que, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO y en el artículo 65 del RD 864/2001, de 20 de julio, el contingente queda supeditado, tal y como hemos visto, a la existencia de necesidad de mano de obra.

Por lo que respecta a la concesión del permiso de trabajo inicial la fijación de un límite como éste no constituye novedad alguna respecto al régimen existente con anterioridad a las reformas del año 2000, ya que la LO 7/1985, de 1 de julio, establecía que para la concesión y renovación del permiso de trabajo, se debían tener en cuenta, entre otras circunstancias, la existencia de trabajadores en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.

El actual reglamento de extranjería ha ampliado el alcance de este límite al establecer, en su artículo 70 que para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta ajena se tendrán en cuenta los elementos siguientes: “a) Insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa y, b) que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo”. A este respecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, certificación en la que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta.

Por su parte, a efectos del contingente, la Comisión Ejecutiva Provincial o Insular del INEM analizará cada año el conjunto de puestos de trabajo que las organizaciones empresariales consideren que no pueden cubrir con el mercado de trabajo nacional así como la situación General de empleo de la provincia antes de proceder a especificar el número y las características de los puestos de trabajo a cubrir según los sectores de actividad.

(29) Vid., al respecto, la remisión que en el punto 12 del apartado sexto de la Resolución de 29 de diciembre de 2003 se hace al artículo 53.a) de la LO 4/2003, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, entendida en la nueva redacción establecida por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, donde se alude a las infracciones graves en materia de extranjería.

Quedan exentos de la incidencia directa de este límite en lo que ha venido a denominarse como régimen de preferencias³⁰, ya existente en la normativa de 1985³¹, los extranjeros que acrediten ser cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado; ser titular de una autorización previa de trabajo cuya renovación se pretenda; haber gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación del estatuto, siempre que no les sea de aplicación la excepción a la obligación de obtener el permiso de trabajo por encontrarse en el supuesto previsto en el apartado 1 del artículo 42 de este Reglamento; haber sido reconocido como apátrida y haber perdido tal condición, siempre que se encuentren en territorio nacional y no les sea de aplicación la excepción a la obligación de obtener el permiso de trabajo por encontrarse en el supuesto previsto en el apartado 1 del artículo 42 del presente Reglamento³²; tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; haber nacido y ser residente en España; ser hijo o nieto de español de origen.

Tampoco se aplica la situación nacional de empleo en el caso de los menores extranjeros en edad laboral con permiso de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen; ni en el caso de los extranjeros que sean titulares de un permiso de residencia por el procedimiento previsto en el artículo 41.2.b) y c), del RD 864/2001, de 21 de julio, o de los trabajadores necesarios para el montaje o reparación de una instalación o equipos productivos importados.

Por su parte no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, cuando el contrato o la oferta de colocación vaya dirigida, entre otros, a la cobertura de puestos de confianza³³. A este respecto se considerará que ocupan puestos de confianza, de conformidad con lo previsto en el artículo 71.2.a) del RD 864/2001, de 20 de julio, “aquellos trabajadores que desempeñen única-

(30) J.M. PUERTAS VILCHEZ: “El permiso de Trabajo por cuenta ajena. (Artículos 38, 40, 41 y 42)” en A.A.V.V.: *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)* M. MOYA ESCUDERO (coord.) Ed. Comares, Granada, 2001, p. 301. M.I. RAMOS QUINTANA: *El Trabajo de los extranjeros en España*, Ed Tecnos, Madrid, 1989, pp. 95 y ss.

(31) Vid., al respecto artículo 18 de la LO 7/1985, de 1 de julio y muy especialmente, artículos 77.1 y 2 y 79 del Reglamento de extranjería, RD 155/1996, de 2 de febrero, donde se distinguían 3 niveles de preferencia: las preferencias para la concesión inicial del permiso de trabajo sin considerar la situación nacional de empleo o su incidencia en el mercado de trabajo, las preferencias para la concesión inicial de un permiso de trabajo y las preferencias para la renovación de los permisos de trabajo.

(32) Sobre el Estatuto o reconocimiento como apátrida vid. RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del Estatuto de apátrida (BOE de 21 de julio), atribuyendo dicho Estatuto a quien, de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, no sea considerado como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación y manifieste carecer de nacionalidad.

(33) Vid., al respecto, entre otras, STS de 26 de octubre de 1998 (Ar. 9588), en la que el TS desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Cataluña (sala contencioso-administrativa) de 20 de marzo de 1992 en la que se anulaba la sentencia de instancia en la que se denegaba el permiso de trabajo a un trabajador extranjero, a pesar de serle aplicable la preferencia de los artículos 18.3.i) de la LO 7/1985, de 1 de julio, y 38.3 del reglamento de ejecución, al tratarse de puestos de confianza, por lo que no procedía tomar en consideración la situación nacional de empleo.

El contingente de trabajadores extranjeros

III

mente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general³⁴.

También tienen la consideración de trabajadores designados para cubrir puestos de confianza los trabajadores altamente cualificados, de conformidad con lo establecido en el 2º párrafo del artículo 71.2.a) del RD 864/2001, de 20 de julio, es decir aquellos trabajadores que, teniendo conocimiento esencial para la realización de la inversión, sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de dicha inversión. Estos trabajadores deberán poseer una acreditada experiencia en la realización de estas funciones o bien haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que puede estar integrada la misma.

Tal y como se establece en el artículo 74.1.a) del RD 864/2001, de 20 de julio, la autoridad competente podrá denegar el permiso de trabajo (tipo B) cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a pesar de ello es necesario señalar que la Administración no goza de una discrecionalidad absoluta o total para denegar un permiso de trabajo, aunque nos encontremos ante una norma en blanco, tal y como se establece, entre otras, en la STS de 3 de febrero de 1998 (Ar. 2083) que cita doctrina de esta misma sala de principios de la década de los años 80³⁵, exigiéndose motivación y la prueba de la situación del mercado de trabajo constituye, sin duda alguna, el mayor obstáculo con el que se encuentran los extranjeros para poder conseguir el permiso de trabajo inicial, ya que la advertencia de esta situación nacional de empleo es suficiente para denegar el permiso de trabajo inicial en aras al principio de preferencia de mano de obra nacional desempleada³⁶, cosa que no sucede en el caso de la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, al no estar previsto, tal y como constaba en la LO 7/1985, de 1 de julio, la observa-

(34) La definición que este artículo 71.2.a) del RD 864/2001, de 20 de julio, hace de los trabajadores que ocupan puestos de confianza es la misma que la establecida en el artículo 15.1 de la Orden de 25 de febrero de 1998, por la que se fijan los requisitos y procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo, y nos conduce necesariamente a la definición contenida en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, sobre relación laboral especial del personal de alta dirección, (BOE de 12 de agosto).

(35) Vid., al respecto, entre otras SSTS de 25 de febrero de 1981 (Ar. 687), 30 de septiembre, 6 y 14 de octubre, 16 de noviembre de 1982 (Ar. 4911, 5735, 5766 y 6997), 10 y 28 de febrero y 11 de abril de 1984 (Ar. 795, 1000, 1919), de 5 de diciembre de 1989 (Ar. 8739), 24 de enero, 28 de febrero y 22 de noviembre de 1991 (Ar. 784, 3060 y 9697) y de 10 de diciembre de 1991 (Ar. 9249), donde se establece, en esta última sentencia que “para denegar el permiso, no cabe la mera alusión vaga a la situación nacional de empleo, sino que la aplicación de ese evento legal obstativo exige, como elemento de motivación del acto, justificar la concreta situación de hecho expresiva del inconveniente legal, enunciado bajo aquella fórmula; esto es, es necesario que conste la existencia de mano de obra española desempleada.

(36) Sobre el alcance de la situación nacional de empleo y el contingente vid. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Alicante de 26 de noviembre de 2002, donde se establece que cuando el acceso al empleo del extranjero no puede hacerse por medio del contingente al haberse superado el cupo, nada impide una solicitud en forma individualizada cuya resolución dependerá de la situación nacional de empleo valorándose conjuntamente la escasez de mano de obra española y la demanda de empleo para la actividad solicitada. Sentencia que puede consultarse en <http://www.extranjeria.info>.

ción de este límite en la renovación de permisos. El artículo 38.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, es claro al respecto al restringir la consideración de la situación nacional de empleo sólo apreciable para la concesión inicial del permiso de trabajo³⁷.

A partir de lo dispuesto en el artículo 70 del RD 864/2001, de 20 de julio, que, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, en relación con la concesión inicial de permisos de trabajo por cuenta ajena se establece que se tendrá en cuenta la insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa y, que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo. Se opta por apuntar que a estos efectos el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, una certificación en la que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta, pudiendo ser sustituida esta certificación individual por una certificación genérica del servicio público de empleo, que tendrá validez durante dos meses, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores.

Así pues, compete al INEM verificar la existencia de trabajadores en paro que puedan atender la oferta efectuada al extranjero que solicita el permiso de trabajo y, en su caso, certificar la insuficiencia de mano de obra, ya que junto al modelo oficial de solicitud del permiso inicial de trabajo, la empresa que desee contratar a un trabajador extranjero deberá aportar, entre otros documentos, los certificados de los servicios públicos de empleo donde se recoja el resultado de la gestión de la oferta presentada.

No es suficiente, sin embargo, tal y como se establece en la STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 30 de octubre de 2002³⁸, que la denegación del permiso de trabajo por parte de la Dirección Provincial de Trabajo se efectúe basándose en un informe, según el cual existen en la provincia trabajadores españoles en paro que reúnen las condiciones necesarias y suficientes para emplearse, entendiéndose que la denegación en cuestión carece de justificación y no cumple el deber de motivar debidamente los actos administrativos, llegándose incluso a considerar

(37) Tal y como señala M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: "La LO 4/2000 ha tratado de otorgar una mayor estabilidad en el sistema de concesión pero sobre todo en el de renovación de los permisos de trabajo. No trata igual la situación del extranjero que solicita su permiso inicial de trabajo que al que solicita la renovación del permiso preexistente. En el caso de primer acceso al mercado de trabajo los requisitos y condicionamientos son más severos, y una vez obtenido el inicial permiso de trabajo el extranjero está en situación diversa en relación con la titularidad del derecho al trabajo". Cfr. "El derecho del trabajo y los Inmigrantes extracomunitarios". Ponencia presentada al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Santander los días 8 y 9 de junio de 2001, *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, p. 26. Texto que puede consultarse en <http://aedts.com/congresos.htm> (XII 2001).

(38) Esta sentencia puede ser consultada en <http://www.poderjudicial.com>. En opinión del TS y referido al caso concreto "es distinto que haya españoles en paro que puedan trabajar como jefes de compras de un comercio al por menor, y que existan trabajadores que puedan actuar como jefes de compras de productos marroquíes por conocer las lenguas árabe y francés así como la geografía de Marruecos".

El contingente de trabajadores extranjeros

III

que la existencia de trabajadores españoles demandantes de empleo puede perder fuerza obstativa para la concesión de un permiso de trabajo cuando el petionario extranjero reúne cualidades laborales de especial adecuación al puesto de trabajo solicitado en virtud de sus especiales conocimientos o especialización³⁹.

IV. LOS VÍNCULOS EXISTENTES ENTRE EL SISTEMA DE FIJACIÓN DEL CONTINGENTE Y LA INSUFICIENCIA DE TRABAJADORES EN EL TERRITORIO NACIONAL

El análisis que con carácter previo a la fijación del contingente se hace de las necesidades del mercado de trabajo a nivel provincial, por sectores de actividad y ocupaciones en concordancia con la situación nacional de empleo ha planteado enormes dudas sobre los vínculos existentes entre este sistema de gestión de flujos migratorios y la posible denegación del correspondiente permiso o autorización por parte de la Administración con la simple alegación del contingente en aplicación del límite referido a la situación nacional de empleo o la suficiencia de trabajadores para ocupar ese puesto de trabajo sin la necesidad de prueba de dicha situación.

El TSJ de la Comunidad de Valencia –sala contencioso-administrativa– en la Sentencia de 15 de abril de 2003 se ha pronunciado sobre esta materia al estimar el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2002 dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 1 de Alicante.

Ante el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 1 de Alicante se solicitó la anulación de la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno de Alicante de 30 de mayo de 2002 denegatoria del permiso de trabajo solicitado para un ciudadano chino al apreciarse el apartado a) del artículo 74.1 del RD 864/2001, de 20 de julio, es decir que existen suficientes trabajadores capacitados para atender la oferta de empleo de la empresa teniendo en cuenta el Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 21 de diciembre de 2001 por el que se fijaba el contingente para el año 2002.

La Subdelegación del Gobierno de Alicante fundamentó la denegación del permiso o autorización para trabajar en el hecho de considerar que para cubrir un puesto de trabajo como cocinero de comida china es suficiente con contar con conocimientos generales de cocina, sin que sean necesarios conocimientos específicos de cocina china.

Así teniendo en cuenta que el SERVEF (Servicio Valenciano de Empleo y Formación), constató que había demandantes de empleo con la cualificación de cocinero no se da el requisito de insu-

(39) Vid., al respecto, entre otras STS sala de lo contencioso-administrativo de 6 de junio de 2003, donde se considera ajustada a Derecho la sentencia dictada por esta misma sala del TSJ de Madrid de 16 de julio de 1998, en la que se estimaba el recurso contra la resolución de 24 de febrero de 1995 dictada por la Dirección provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos sociales, en la que se denegaba al actor el permiso de trabajo por cuenta ajena por él solicitado al existir numerosos trabajadores en paro (9.921) en la actividad que se proponía desempeñar el solicitante. Al no contar, tal y como señala el TS en esta sentencia cuántos demandantes de empleo españoles como “auxiliares de clínica” tienen la formación especializada requerida para el puesto de trabajo solicitado que es el de protésico dental, la existencia de trabajadores desempleados no es suficiente para impedir que se autorice a favor del trabajador extranjero el permiso de trabajo solicitado.

ficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender la concreta oferta de empleo.

De acuerdo con la STS, sala contencioso-administrativa, de 7 de diciembre de 1990, no es suficiente para denegar un permiso acreditar que hay cocineros nacionales en paro ya que no es posible argumentar que cualquier cocinero conoce la elaboración de todas las comidas y que no es necesaria la especialidad. En este mismo sentido se pronunció el TSJ de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 4 de abril de 1998 en el caso de un cocinero hindú aplicando plenamente la Sentencia antes citada del TS de 7 de diciembre de 1990.

Así pues al hilo de estos pronunciamientos parece claro que no es válido para considerar que se cumple el requisito de la suficiencia de trabajadores y por tanto denegar el correspondiente permiso o autorización para trabajar alegar, en estos casos, que hay cocineros en paro y que no es necesaria la especialidad en el caso de los cocineros de comida china, hindú o similar, tal y como señaló el TS en la sentencia antes citada: “si una empresa, al hacer una oferta de empleo, la específica y condiciona, por necesitar un cocinero especialista en cocina china, y por la Administración no se ofrece un cocinero español que estando en paro esté capacitado para dicha especialidad, que es lo que ocurre en el caso de autos, no cabe otra conclusión que la adoptada por la sentencia apelada haciendo conceder el permiso de trabajo a súbdito chino para emplearse en el restaurante chino C. de P., que regenta súbdito de esta nacionalidad”.

El Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 1 de Alicante estimó el recurso planteado contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Alicante. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el TSJ de la Comunidad Valenciana estimó el recurso de apelación planteado por el Delegado del Gobierno al considerar que si bien es necesario tener en cuenta que la cocina china es un área de conocimiento y formación particular dentro de los conocimientos generales de la profesión de cocinero, el perfil del trabajador para el que se solicita el permiso o la autorización para trabajar como cocinero chino no se ajusta a la oferta presentada ya que tampoco es suficiente acreditar la sola nacionalidad china, sin que se demuestre la habilitación profesional de cocina de este súbdito chino presumiéndose que el hecho de tener la nacionalidad china implica conocer la cocina de este país y saber elaborar los platos que la conforman.

Tal y como señala el TSJ de la Comunidad Valenciana en esta sentencia, la afirmación categórica de que cualquier ciudadano chino está habilitado para la cocina china y que cualquier cocinero español no lo está supondría una discriminación prohibida por la CE ya que supondría dar un trato diferenciado únicamente basado en la raza o la nacionalidad del sujeto.

Así pues el ciudadano para el que se solicita el permiso como cocinero chino habría de probar la formación o experiencia de cocinero en el país de origen, sin que la nacionalidad sirviera como aval de una formación y experiencia por encima de quienes tienen probados conocimientos generales.

Otro tema importante que recientemente ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial, por su parte, hace referencia a los vínculos existentes, si los hay, entre el contingente y la suficiencia o

insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo.

El contingente, tal y como he expuesto en otro momento de este trabajo, es un mecanismo o vía de acceso al mercado de trabajo en situación regular basado en la necesidad de cubrir un determinado número de puestos de trabajo para los que se precisa mano de obra extranjera, generalmente en sectores en los que los trabajadores españoles rechazan o para los que normalmente exigen una remuneración mayor, tal y como sucede en el sector doméstico, la agricultura, la ganadería, la construcción, etcétera.

En el proceso de fijación del contingente se establecen, tal y como hemos visto, dos fases: una primera de análisis de la situación del mercado de trabajo a nivel provincial, por sectores de actividad y ocupaciones en correspondencia con la situación nacional de empleo. Por su parte la segunda fase es la de la distribución del contingente a nivel provincial.

Tal y como he señalado anteriormente a efectos del contingente, la Comisión Ejecutiva Provincial o Insular del INEM deberá analizar cada año el conjunto de puestos de trabajo que las organizaciones empresariales consideran que no pueden cubrir con el mercado de trabajo nacional así como la Situación General de empleo de la provincia antes de proceder a especificar el número y las características de los puestos de trabajo a cubrir según los sectores de actividad de que se trate.

Parece, así pues, que en el momento de fijar el contingente se ha valorado la suficiencia/insuficiencia de trabajadores y la situación nacional de empleo y éste ha sido el motivo por el que diversas resoluciones, en concreto una de la delegación del Gobierno de Cantabria y otra de Zaragoza han denegado el permiso de trabajo y de residencia solicitados, al considerar que el acuerdo del contingente (2002) al fijar el número de trabajadores extranjeros ya ha tenido en cuenta tanto las necesidades de mano de obra como la situación nacional de empleo.

El TSJ de Cantabria, sala contencioso-administrativa, en Sentencia de 7 de febrero de 2003 estimó el recurso planteado contra la resolución emitida por la Delegación del Gobierno de Cantabria rechazando el planteamiento o tesis de la Administración que tal y como acabo de apuntar se sintetiza en el hecho de valorar que si el contingente se elabora teniendo en cuenta la situación nacional de empleo de acuerdo con el artículo 39 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, este parámetro se ha de tener en cuenta en el momento de la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena tal y como se establece en el artículo 70.1.1 del RD 864/2000, de 20 de julio, de tal manera que la inexistencia de previsión del contingente determina la existencia de trabajadores nacionales que pueden ocupar el puesto de trabajo ofertado, justificándose de esta manera la desestimación del permiso solicitado.

Dicho de otra manera si no consta el puesto de trabajo para el que se solicita el permiso ofertado en el contingente eso quiere decir que hay nacionales dispuestos o en disposición de ocupar este puesto de trabajo, si no existiesen nacionales “disponibles” en el momento de valorar la situación nacional de empleo y fijar el contingente ya se hubiese tenido en cuenta.

En opinión del TSJ de Cantabria este razonamiento mantiene ciertas debilidades –argumento éste recogido más tarde en la reciente Sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo n.º 2 de Zaragoza de 16 de junio de 2003, ya que si se mantiene esta argumentación se hace difícil entender la regulación que de las gestiones de las ofertas de empleo hace el artículo 70 del D. 864/2001, de 20 de julio, ya que no sería necesaria la certificación a que este artículo hace referencia al ser suficiente examinar el contingente tal y como se desprende del argumento utilizado por la Administración.

Se considera que esta tesis es una tesis irreal ya que no se puede establecer una correspondencia entre la existencia de trabajadores nacionales que pueden aceptar la oferta de empleo con el resultado negativo de la certificación emitida por el INEM.

En otro orden de cosas se señala que aceptar este planteamiento supondría mezclar dos sistemas diferenciados de acceso al empleo sobre todo si tenemos en cuenta que los parámetros para la fijación del contingente tienen en cuenta que la finalidad del mismo es la de regular los flujos migratorios desde el exterior del territorio pero no tiene en cuenta la existencia de trabajadores en situación regular en España a quien se dirige este tipo de ofertas nominativas.

En última instancia, es necesario tener en cuenta que la circular por la que se fijan los criterios, las instrucciones generales sobre el Contingente de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para el año 2002 está redactada en términos menos imperativos que los aplicados por la Administración al establecerse que los permisos podrán ser denegados (facultad potestativa) mientras que la Administración utiliza un criterio restrictivo ya que opta siempre por la denegación.

El error de la Administración ha sido –especialmente en el caso de la sentencia de Zaragoza– en sustituir la certificación a que hace referencia el artículo 70.1.1.a) del RD 864/2001, de 20 de julio, por la denegación directa al valorarse el contingente, denegación no motivada que como han señalado en reiteradas ocasiones los Tribunales comporta la anulación de la resolución, ya que no gozando la Administración de una discrecionalidad absoluta total y como hemos tenido ocasión de apreciar, al encontrarnos ante una potestad de intervención de un derecho fundamental de la persona como es el derecho al trabajo, es necesario motivar las resoluciones, especialmente las denegatorias con la finalidad de hacer posible, con posterioridad, el control judicial de la decisión, en definitiva, que ésta se inspira en elementos objetivos que justifican la decisión.

Así no puede considerarse que la falta del informe preceptivo por parte del INEM se pueda subsanar por una supuesta evidencia de que el órgano administrativo que decide cuenta con datos como el contingente que hacen que el informe sea innecesario.

V. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A ALGUNO DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA NUEVA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Los cambios introducidos en la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por parte de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y en la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, algunos de los cuales ya han sido objeto de algún comentario con anterioridad como es el caso del nuevo visado para búsqueda de empleo o la tarjeta de identidad de extranjero, si bien no introducen modificaciones en torno al tema objeto de este estudio como es la relación entre el contingente y la situación nacional de empleo o la suficiencia de trabajadores autorizados para trabajar capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado, sí que ha obligado a modificar el sistema del contingente al introducirse el visado de tres meses para la búsqueda de trabajo por parte de determinados extranjeros (hijos y nietos de españoles) y respecto a determinadas actividades no fijadas en la Ley, a expensas, tal y como ya hemos visto, del desarrollo reglamentario que de esta previsión se haga.

Esta reforma parcial de la Ley de extranjería cuya justificación se encuentra, de un lado, en la necesidad de adaptar el contenido de esta normativa a algunas Directivas europeas como sucede respecto a la obligación de los transportistas de hacerse cargo del extranjero transportado en tránsito o la exigibilidad de tasas por la expedición de visados y, de otro, en la traslación al marco de la Ley de algunas de las consideraciones y observaciones efectuadas por el TS en su Sentencia de 20 de marzo de 2003 en relación al Reglamento de extranjería, se plantea ajena a los importantes problemas de gestión directa de los flujos migratorios a través del sistema de contingentes.

Aunque se dota de mayor eficacia al visado a los efectos de permanecer en España ya sea para residir, trabajar o ambas cosas, reduciéndose algunos trámites al respecto se trata, en términos generales, de una reforma consensuada de algunos aspectos del actual marco jurídico de extranjería, que se mantiene ajena a la realidad existente en nuestro territorio como es la de un cuantioso y considerable número de extranjeros en situación irregular que, si bien en un alto porcentaje, trabajan en la economía sumergida, sus perspectivas de regularización e integración social son escasas y que la apuesta por el contingente no ha permitido resolver.

Los aspectos más críticos en relación a esta reforma y a salvo de los posibles, aunque improbables, cambios que puedan introducirse en la modificación del RD 864/2001, de 20 de julio, Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, constituyen, en cierta medida, una continuación respecto a los cambios ya introducidos por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y se plantean, en mi opinión, respecto al endurecimiento del régimen de sanciones y expulsiones y, muy especialmente, por lo que respecta a los límites introducidos respecto al derecho a la reagrupación familiar, así como, a las cuestiones –varias– que afectan al empadronamiento de los extranjeros, especialmente, por lo que respecta al acceso a los datos del padrón por parte de la Dirección General de la Policía.

A expensas del desarrollo reglamentario de éstas y otras cuestiones introducidas en esta reforma parece muy loable el esfuerzo efectuado por mejorar, al menos desde el punto de vista jurídico-laboral, el *status* del inmigrante irregular por cuanto que haciéndose eco de algún pronunciamiento efectuado por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁰, la contratación irregular de un trabajador extranjero no va a eximir, como hasta ahora⁴¹, del reconocimiento de efectos jurídicos a esta relación por cuanto que el empresario va a quedar sometido a todas las consecuencias del contrato de trabajo más allá de pagar el salario ya reconocido de conformidad con el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, al otorgarse plena eficacia a estos contratos y permitir, entre otras cuestiones, el ejercicio de la acción contra el despido y el reconocimiento de derechos en materia de Seguridad Social.

La carencia de la correspondiente autorización por parte del trabajador y la suscripción de una relación laboral, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, incluyendo los derechos en materia de Seguridad Social, evitando de esta manera el enriquecimiento injusto del empresario infractor y el no reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social al no haberse formalizado el alta en el sistema⁴².

La modificación establecida por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, del artículo 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, debe permitir que se modifique el criterio actualmente mayoritario de negar el reconocimiento de efectos jurídicos a este tipo de relación al encontrarse el trabajador extranjero en situación irregular, sustentando dicha negativa en la nulidad de este contrato y la carencia de efectos, debiéndose otorgar no sólo validez al contrato a efectos laborales también en relación con la Seguridad Social por lo que respecta a la obligación de cotizar y al posible reconocimiento de prestaciones, a pesar del deseo explícito en la justificación de la enmienda presentada por el grupo parlamentario popular por la que ha aprobado en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas

(40) Vid., entre otras, STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2002 (Ar. 1974). El contenido de esta sentencia está fundamentado en la interpretación que este Tribunal hace del artículo 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, en el que expresamente se establece que la carencia de la autorización no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

(41) Vid. al respecto STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003, en la que, a pesar del pronunciamiento del TSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2002, se alude de nuevo a la nulidad del contrato, la falta de acción para reclamar, la inexistencia de despido, sin perjuicio, eso sí, del derecho a percibir la retribución pertinente.

(42) No debe olvidarse que el artículo 106. 1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social dispone que la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba, con independencia de las obligaciones de afiliación, alta y baja en el sistema. Así pues, reconocida esta obligación se habilitaría al trabajador para poder gozar de las prestaciones a que tuviera derecho si cumpliera los requisitos exigidos en cada una de ellas, con independencia de su inclusión plena en el sistema de Seguridad Social, reservada para los supuestos en los que se cumplen los requisitos exigidos legalmente, ya que aun careciendo de validez el contrato, la prestación de trabajo debería generar la obligación de cotizar que daría derecho a devengar, en su caso, las correspondientes prestaciones, evitándose el enriquecimiento injusto que puede suponer la exención de la obligación de cotizar como consecuencia de la declaración, no exenta de polémica, de nulidad del contrato de trabajo a los efectos de la Seguridad Social.

El contingente de trabajadores extranjeros

III

y del orden social⁴³, para introducir una nueva disposición adicional, la trigésimo séptima en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, con el fin de evitar efectos no deseados, errores de interpretación de este nuevo artículo 36.3, modificándose el criterio establecido en la tramitación de esta Ley en el Congreso donde se hablaba de sanción complementaria a la sanción económica o multa que se debe imponer al empresario que emplee trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en la cuantía que hubiera correspondido a las cuotas de la Seguridad Social calculadas en función del período de empleo irregular del trabajador extranjero, frente al carácter de multa incrementada al que se alude en la disposición adicional antes citada, en un intento claro de vaciar de contenido la redacción del artículo 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en la redacción establecida en la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

(43) *BOE* de 31 de diciembre.

Notas y colaboraciones

Dossier: Aspectos inconstitucionales
de la LO 14/2003, de 20 de noviembre

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Abogado, Director de la REDMEX
(aguelo@extranjeria.info)

I La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El Recurso de Inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003, de 20 de noviembre

SUMARIO

I. Algunos datos previos.

II. El Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y el Recurso de Inconstitucionalidad de la LO 14/2003.

III. Preceptos inconstitucionales. A) Preceptos referidos a la cesión y acceso vía telemática de datos de carácter personal. B) Preceptos referidos a las Garantías jurídicas en los Procedimientos administrativos. C) Preceptos que se refieren a la devolución y expulsión de extranjeros. D) Precepto que se refiere a Centros de Internamiento de extranjeros. E) Precepto que se refiere a la obligación de presentación “personal” de las solicitudes relativo a infracción del *non bis in idem* y del principio de reeducación y reinserción social.

I. ALGUNOS DATOS PREVIOS

El año 2003 comenzó con esperanzadoras noticias para la protección de los trabajadores migrantes, tanto en el contexto español como internacional.

Entre otros, podemos destacar:

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, declarando ilegal una importante batería de preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería.

Después, la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2003, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso “que residan legalmente en España” del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, vino a reconocer el derecho a la justicia gratuita como invocable por TODAS las personas, independientemente de su nacionalidad y situación administrativa.

En el plano internacional, significamos la entrada en vigor el 1º de julio, tras la ratificación por el vigésimo Estado, de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990 y la Opinión Consultiva de 18 de septiembre, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a instancia de los Estados Unidos Mexicanos.

Y por último, tenemos que mencionar la valiente jurisprudencia de algunos Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo contencioso-administrativo que ha venido a corregir las aristas más agudas de la cada vez más restrictiva normativa migratoria.

Sin embargo, en las postrimerías de año 2003, el panorama ha quedado ensombrecido por dos reformas legislativas que, a mi juicio, suponen un importante paso atrás en orden al avance del reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros, cada vez en situación más precaria y discriminada: Se trata de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y la reciente Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica de extranjería y otros.

Las reformas emprendidas consuman un régimen administrativo especial por razón de la nacionalidad del sujeto administrado, que puede calificarse de verdadero *apartheid legal*, en el que las garantías jurídicas y derechos fundamentales quedan mermados hasta hacerlos irreconocibles.

La desconsideración del derecho a la libertad del extranjero, de su intimidad personal y familiar, del derecho a la presunción de inocencia, conforman un estatuto jurídico que parte del criterio de desigualdad y es sometido a una situación de fuerte precarización, en la que las potestades del Estado para decidir quien “entra y permanece” en el territorio se revisten de un poder cuasi absoluto con muy escasas posibilidades de control.

II. EL DICTAMEN DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA Y EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LO 14/2003

En este contexto, la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, encargada de analizar el contenido de la Ley 14/2003 e informar acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la mencionada Ley Orgánica, después de haber examinado y debatido el contenido de la copiosa documentación remitida por los Colegios de Abogados (especialmente, Bilbao, Málaga, Valencia y Zaragoza), oída la opinión de diversos Profesores de Derecho Civil, Constitucional, Filosofía del Derecho e Internacional Privado y Público de diferentes Universidades españolas, y ONGs, en especial “Andalucía Acoge”, llegó a la conclusión de que los preceptos de la referida Ley Orgánica, que más adelante se dirán, son de dudosa constitucionalidad.

La reforma de la Ley de Extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros

| I

En la fundamentación del Dictamen tuvieron un decisivo papel los trabajos de la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, D.^a Mar Pérez, del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, D. Vicenç Aguado i Cudoli, y del profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, D. Estanislao Arana García, los trabajos de los dos primeros se incluyen dentro de este Dossier¹.

La Comisión Permanente del Consejo General de la Abogacía Española, a la vista del Dictamen de la Subcomisión de Extranjería, decidió solicitar al Defensor del Pueblo que interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Finalmente, el Parlamento Vasco, con los votos en contra del Grupo Popular y Socialista, decidió apoyar la iniciativa del Gobierno Vasco a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a los artículos de la Ley 14/2003, que más adelante se recogen y que son coincidentes con los reseñados en el Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española. Por su parte, el Defensor del Pueblo decidió no interponer el Recurso, alegando, según el comunicado emitido por la Oficina del Defensor, seguir el criterio de esa Institución de no hacerlo al haberlo interpuesto ya anteriormente otra institución legitimada, en este caso, el ejecutivo vasco, declinando así el ejercicio de su derecho².

III. PRECEPTOS INCONSTITUCIONALES

Los preceptos que son objeto del recurso se pueden incluir en cinco grandes apartados:

A) Preceptos referidos a la cesión y acceso vía telemática de datos de carácter personal

Artículo Primero | Apartado 35, que modifica el artículo 66.1, 66.2, párrafo 2º, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Apartado 40, que introduce una nueva disposición adicional quinta en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

(1) El contenido completo del Dictamen se puede consultar en la Web de Extranjería (<http://www.extranjeria.info>) y Web del Consejo General de la Abogacía Española (www.cgae.es).

(2) El texto completo del recurso de inconstitucionalidad puede consultarse en la Web de Extranjería (<http://www.extranjeria.info>).

- Artículo Tercero | Apartado 3, que modifica el artículo 16.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- | Apartado 5, que introduce una nueva disposición adicional séptima en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Todos estos preceptos, van referidos a la cesión y acceso vía telemática, sin consentimiento previo del interesado, de datos de carácter personal, bien por parte de las compañías aéreas, bien por las administraciones públicas, y en especial el padrón municipal, con la finalidad todas ellas, según viene reflejado, de control y permanencia de los extranjeros en España, y para el ejercicio de las competencias propias de las administraciones públicas y en especial las derivadas de la aplicación de la normativa de extranjería.

B) Preceptos referidos a las Garantías jurídicas en los Procedimientos administrativos

- Artículo Primero | Apartado 39, que introduce una nueva disposición adicional cuarta en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

El precepto se refiere a la Inadmisión a trámite de las solicitudes. Bajo el pretexto de una mejora de la tramitación administrativa, se produce un serio recorte de los derechos de los extranjeros que no queda suficientemente justificado desde el plano de las exigencias constitucionales previstas en el artículo 24 de la CE.

En concreto, el supuesto 4, que contempla como causa de inadmisibilidad el caso en que se está tramitando el procedimiento administrativo sancionador como a aquel otro en que ya se ha dictado la correspondiente orden de expulsión. En el caso que no se haya todavía una resolución sancionadora se produciría, además de la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que como garantía procesal recoge el artículo 24.2 de la CE.

El supuesto 7, en el que la consideración de la mera situación subjetiva de irregularidad es causa de inadmisibilidad del procedimiento administrativo de extranjería, a juicio de esta Subcomisión comporta una vulneración clara del derecho a la tutela judicial efectiva que no distingue entre ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros.

Por último, la causa de inadmisibilidad prevista en el supuesto 8 (el no presentar personalmente la solicitud) dada la desproporcionalidad de sus consecuencias jurídicas no puede considerarse constitucionalmente legítima como causa de inadmisibilidad sino que, de acuerdo con el principio *pro actione*, debería en estos casos llevarse a cabo la tramitación del procedimiento a fin de obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

C) Preceptos que se refieren a la devolución y expulsión de extranjeros

Artículo Primero | Apartado 31, que modifica el apartado 5 del artículo 59 e incorpora un nuevo apartado 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Apartado 34, que introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 64 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

La ausencia de procedimiento prevista por la LOEx puede vulnerar el artículo 105.c) de la CE que, interpretado por el Tribunal Constitucional, exige el trámite de audiencia para el caso de actos administrativos sancionadores, ya que no cabe duda de que nos encontramos ante actos administrativos de gravamen o restrictivos de derechos, que representan una consecuencia negativa para el extranjero.

Por ello proceder a la devolución con prohibición de entrada y medida cautelar de internamiento, así como ejecutar una resolución de expulsión de otro estado miembro de la Unión Europea sin posibilitar ni, tan siquiera, la audiencia del interesado, es manifiestamente inconstitucional.

Igualmente la falta de procedimiento y de audiencia podría constituir una vulneración de los artículos 24 y 14 de la CE. El primero porque consagra el derecho a la defensa efectiva y el derecho a la presunción de inocencia; el segundo porque estaría discriminando a los extranjeros por razón de la forma de entrada en nuestro país y del momento en que es sorprendido en nuestro territorio.

D) Precepto que se refiere a Centros de Internamiento de extranjeros

Artículo Primero | Apartado 32, que introduce el artículo 62 quinquies, referido a Medidas de seguridad en Centros de internamiento de extranjeros.

El nuevo artículo introduce sanciones que afectan a derechos fundamentales más allá de la restricción del derecho a la libertad deambulatoria que precisa de minuciosa regulación a través de una ley orgánica, dando así debido cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 25.1 de la CE.

E) Precepto que se refiere a la obligación de presentación “personal” de las solicitudes relativo a infracción del *non bis in idem* y del principio de reeducación y reinserción social

Artículo Primero | Apartado 53 por vulneración del derecho a la libertad.

Artículo Primero | Apartado 56 regulación del procedimiento preferente de expulsión que produce indefensión.

Las dudas de constitucionalidad de tan importante número de preceptos, unidas a las que ya se plantearon frente a la anterior reforma, LO 8/2000, de 20 de diciembre, y cuyo examen se encuentra pendiente ante el Tribunal Constitucional, junto con los resultados de las elecciones del 14-M, parecen, cuando menos, exigir una exquisita prudencia en el desarrollo reglamentario, no profundizando en aquellos aspectos más preocupantes y abre de nuevo un esperanzador panorama legislativo reformador.

Los trabajos que presentamos a continuación ayudarán sin duda en la reclamación de unas políticas migratorias menos represivas y más garantistas de los derechos de las personas inmigradas.

MARÍA DEL MAR PÉREZ VELASCO
Profesora Asociada del Departamento de Derecho
Constitucional y Ciencia Política de la Universidad
de Barcelona
(robertgv@teleline.es)

II

El acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón (Comentario a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre)

SUMARIO

I. La nueva regulación del acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón.

II. El padrón municipal.

III. El derecho a la protección de los datos personales: concepto y contenido.

IV. El principio de finalidad en el tratamiento de datos personales.

V. El tratamiento de los datos para finalidades distintas.

VI. Proporcionalidad de la previsión legal sobre el acceso de los datos de los extranjeros inscritos en el padrón municipal.

I. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ACCESO A LOS DATOS DE LOS EXTRANJEROS INSCRITOS EN EL PADRÓN

El pasado mes de diciembre entró en vigor la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, cuyo extenso título da cuenta de las diversas disposiciones que se modifican¹. Entre ellas destaca la previsión en virtud de la cual se permite el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón municipal. Este acceso se autoriza para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en dicha ley orgánica² y que, básica-

(1) El Gobierno remitió al Congreso de los Diputados en el mes de junio de 2003 el Proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOG, Serie A, n.º 160-1, de 20 de junio de 2003) que finalmente fue aprobado como "Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases de Régimen Local; y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", BOE n.º 279, de 21 de noviembre de 2003.

(2) Artículo tercero, apartado cinco de la Ley orgánica 14/2003, que introduce una nueva disposición adicional séptima en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

mente, consisten en mejorar la regulación de los flujos migratorios y reforzar los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal, tal y como se indica en la exposición de motivos del propio texto legal. La ley introduce diversos cambios normativos en la anterior “Ley de extranjería”, así como otras disposiciones relacionadas con la protección de datos³. También prevé una modificación de la regulación del padrón municipal que comporta el establecimiento de su renovación periódica, cada dos años, cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente. Si no se realiza dicha renovación caducan las inscripciones⁴.

La disposición relativa al acceso a los datos del padrón fue objeto de varias enmiendas durante el proceso de su tramitación parlamentaria, instadas por diversos diputados del Grupo Mixto (EA, IC-V, BNG), del PNV y de IU, así como del PSOE, si bien este último aceptó una enmienda transaccional que autoriza el acceso de la policía al padrón municipal pero con garantías no previstas en el proyecto original. En realidad las garantías introducidas se limitan a indicar que los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad y que deberá quedar constancia de los accesos realizados, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados.

Los diputados y grupos que han expresado su oposición al acceso de la policía al padrón municipal de habitantes han argumentado que dicho acceso supone desincentivar la inscripción de los extranjeros en el padrón, privándoles así de la posibilidad de beneficiarse de los servicios básicos de sanidad, educación y servicios sociales. Incluso algún diputado (IC-V) se ha hecho eco del rechazo que la previsión del proyecto suscitaba en diversos Ayuntamientos de Cataluña⁵.

Pero lo que interesa comentar sobre esta ley es la quiebra que supone en el ámbito del derecho fundamental a la protección de los datos personales de los extranjeros. En relación a este colectivo se prevé una regulación singular sobre acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas y un nuevo acceso a los datos del padrón municipal, que excepciona el régimen general de cesión de datos previsto en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

(3) En síntesis, se refieren a la obligación de los transportistas de remitir determinada información sobre pasajeros procedentes fuera del espacio Schengen; al acceso a los datos de extranjeros inscritos en el padrón a otras instancias públicas y también se modifica la regulación del padrón en algunos aspectos relevantes.

(4) Artículo tercero, apartado uno de la Ley orgánica 14/2003, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

(5) Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2003, VII Legislatura, n.º 284, en especial, p. 14905. Además, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, incluye una previsión sobre la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal, estableciéndose que dicha inscripción no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros (artículo primero, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 18.2).

II. EL PADRÓN MUNICIPAL

El padrón municipal es una base de datos en la que están obligadas a inscribirse todas las personas residentes en un municipio⁶. Está regulado en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) en los artículos 15 y siguientes, en la regulación dada por la Ley 4/1996, de 10 de enero, y su finalidad es triple: determinar la población del municipio; es el requisito para adquirir la condición de vecino y sirve para acreditar la residencia y el domicilio habitual (artículos 15 y 16.1 de la LBRLL). Además de esa función propia del padrón municipal, la Ley de Régimen Electoral General (LOREG) prevé la elaboración del censo electoral a partir de los datos incluidos en el padrón (artículo 35), que sirven además para elaborar estadísticas oficiales, naturalmente sometidas al secreto estadístico, en los precisos términos de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública⁷.

La buena gestión del padrón municipal lo ha convertido, sin duda, en la base de datos más actualizada en la que se registra el domicilio de las personas residentes. Por ello y por la necesidad de acreditar el domicilio, para el ejercicio de derechos, solicitud de bienes y prestaciones y el cumplimiento de obligaciones, el padrón municipal se ha convertido en el fichero básico en todo tipo de relaciones administrativas. El padrón municipal incluye datos relativos a la edad, el género, la nacionalidad y el nivel académico, así como otra información necesaria para la elaboración del censo electoral. Debe subrayarse, no obstante, que la ley únicamente autoriza la cesión de datos del padrón a otras Administraciones Públicas sin el previo consentimiento del interesado, para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean relevantes (artículo 16.3 de la LBRLL).

La propia LOPD prevé la existencia de registros de población de las Administraciones Públicas, permitiéndoles solicitar al Instituto Nacional de Estadística los datos que consten en los padrones para la única finalidad de permitir las comunicaciones y notificaciones que deban realizar en el ejercicio de sus competencias. Fuera de estos concretos supuestos y de acuerdo con lo establecido en la LOPD, debe entenderse que está prohibida la cesión de otros datos a cualesquiera Administración Pública⁸. Pero además, esta posibilidad de solicitar información que consta en los padrones municipales sólo abarca al nombre, domicilio, sexo, y fecha de nacimiento, pero no más datos, como por ejemplo la nacionalidad⁹.

(6) Como indica VILLAVERDE “el padrón es, al tiempo que un registro administrativo de vecinos, un fichero informatizado («automatizado» en terminología de la LOPD) de sus datos personales”. En “Protección de datos personales y padrón municipal”, *Cuadernos Derecho Local*, 1 de febrero de 2003.

(7) Tal y como se afirma en el informe de la Agencia Española de Protección de Datos: “De la LBRLL se deduce que la finalidad para que sirven los datos del Padrón municipal es la constitución de la población del municipio (artículo 15.2 de la LBRLL), la adquisición de la condición de vecino (artículo 15.3 y 4) y la acreditación de la residencia en el municipio y del domicilio habitual del mismo (artículo 16.1)” ver en <https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=231>.

(8) El artículo 21 de la LOPD establece una prohibición general de cesión de datos entre Administraciones, a no ser que medie el consentimiento informado del interesado o la cesión sea autorizada por una ley.

(9) Vid. I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: op. cit., p. 90.

La habilitación establecida en esta ley autorizando el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón municipal implica, para los extranjeros, que a la finalidad originaria para la que fueron obtenidos dichos datos personales se ha añadido otra. La regulación de la recogida de los datos en el padrón municipal no contemplaba que dichos datos pudieran utilizarse para el control de los inmigrantes residentes en el municipio. Por ello, la Ley 14/2003 supone añadir una función nueva al padrón que comporta una modificación de su finalidad que podría ser incompatible con la finalidad inicial del mismo que era básicamente el instrumento jurídico para acreditar la condición de vecino, la residencia y el domicilio habitual.

La Agencia Española de Protección de Datos en su informe sobre las cesiones de datos del Padrón considera que “para las cesiones de los datos del padrón, debe recordarse que, siendo el Padrón un fichero de titularidad pública, deberá partirse del principio de delimitación de la finalidad en las cesiones entre Administraciones Públicas consagrado por el artículo 21 de la LOPD, al exigir que si los datos son cedidos a otras Administraciones Públicas sirvan sólo para el ejercicio de competencias iguales o que versen sobre materias semejantes, con la única excepción, tras la STC de 30 de noviembre de 2000, de que el cambio de finalidad esté fundado en una de las causas contenidas en el artículo 11 de la Ley, pudiendo ser sustituida la necesidad del consentimiento para el cambio de finalidad por una previsión realizada en una disposición con rango de Ley [artículo 11.2.a)]¹⁰”.

De acuerdo con este razonamiento, cabe plantearse si efectivamente la ley puede establecer cualquier tipo de cesión de datos cumpliendo con el mero requisito formal de establecerlo en virtud de una ley. Es decir, si el legislador puede establecer cualquier cesión de datos o debe entenderse que además de preverse en una ley también debe examinarse si la cesión comporta alguna restricción del derecho fundamental más allá de lo que permite el respeto del mismo.

III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: CONCEPTO Y CONTENIDO

El derecho a la protección de los datos de carácter personal confiere un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a las personas para decidir cuáles de esos datos pueden hacer llegar a un tercero. Como tal derecho no aparece formulado en el texto de la Constitución y el Tribunal Constitucional lo ha deducido del artículo 18.4 de la CE¹¹. Además, para el Tribunal Constitucional el derecho a la protección de datos o la “autodeterminación informativa” es un derecho autónomo que tiene un alcance distinto al derecho fundamental a la intimi-

(10) Vid. en <https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=231>.

(11) M. CARRILLO: *El Derecho a no ser Molestado. (Información y vida privada)*, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 94 a 99. Según el autor, aunque la jurisprudencia constitucional concibió inicialmente la protección de datos personales como una garantía constitucional de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 de la CE, ésta ha evolucionado hasta considerar la protección de datos personales como un derecho autónomo.

dad del artículo 18.1 de la CE (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6)¹² criterio que se corresponde con el fijado por el TEDH.

Este nuevo derecho se define como la facultad de disponer de los datos propios, tal y como se consideró en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1983, en relación a la Ley del censo alemana¹³. Entiende el Tribunal Constitucional que serían objeto de protección de este derecho, no solo los datos de carácter íntimo, sino cualquier dato personal cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, fundamentales o no, y que identifiquen o permitan identificar una persona. Así, esta protección también alcanza a los datos personales públicos, que, por el mero hecho de serlo, no escapan del poder de disposición del afectado ya que se “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (FJ 6 STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Este derecho a la protección de datos se concreta en “un haz de facultades, consistentes en diversos poderes jurídicos que garantizan a la persona un poder de control sobre sus datos personales” (FJ 6, STC 292/2000) y este poder de control “faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (FJ 7 STC 292/2000, de 30 de noviembre)¹⁴. Concretamente esos poderes de disposición y control sobre los datos personales consisten en “la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles por un tercero, sea el Estado o un particular”. (FJ 7 STC 292/2000). Es decir, la pieza central del poder de disposición sobre los datos personales es el consentimiento de su titular sobre todos los aspectos del tratamiento de sus datos personales.

Pero para el pleno ejercicio de ese poder de disposición, el Tribunal añade dos piezas clave más: “Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos” (FJ 7 STC 292/2000, de 30 de noviembre).

(12) A. GARRIGA DOMÍNGUEZ: *La protección de los datos personales en el Derecho español*, Dykinson, 1999. Hay que tener en cuenta que el concepto de intimidad en nuestro ordenamiento jurídico no equivale a *privacy*, en el sentido de absorber bajo una única categoría todos los aspectos relacionados con la vida privada como señala M.M. SERRANO PÉREZ: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 142 a 156.

(13) Sentencia Tribunal Constitucional Federal Alemán 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 33, enero 1984.

(14) Vid. además STC 254/1993 y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Rotaru c. Rumania* de 4 de mayo de 2000.

Es decir, para el ejercicio efectivo del poder de disposición hace falta conocer y tener información adecuada sobre quién posee los datos y para qué. Sólo así se puede disponer, entre otras cuestiones, la oposición al tratamiento o bien otras determinaciones como la cancelación o la rectificación de los datos personales. Como ha señalado VILLAVERDE¹⁵, es la propia sentencia la que aclara cuál es el contenido indisponible, incluso para el legislador orgánico, de este derecho fundamental, y así el Tribunal concluye el ya citado apartado 7 como sigue: “En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele” (FJ 7, STC 292/2000).

El contenido de este derecho a la protección de datos de carácter personal, se desglosa en una serie de derechos y obligaciones, como un acervo irrenunciable, para cualquier regulación de este derecho. Conforman el contenido mínimo de este derecho a la protección de datos una serie de principios que, en síntesis, consisten en: el principio de consentimiento (tanto para recabar como para ceder datos), el principio de información (derecho a conocer qué datos del sujeto obran en qué lugar, a cargo de quién, para qué finalidad), el principio de control (derechos de rectificación, borrado y recursos para hacerlos efectivos), el principio de calidad y lealtad (correlativos a los anteriores, ya que los datos deben recabarse y tratarse lealmente y de forma proporcionada a la finalidad para la que se recogieron) y el principio de seguridad y confidencialidad (medidas de seguridad contra la destrucción accidental, pérdida, acceso o modificación no autorizados)¹⁶.

Este conglomerado de principios, inspirado en el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, desarrollado por el Derecho Comunitario (Directiva 95/46/CE) y por la propia LOPD en nuestro caso, tal como indica el Tribunal Constitucional, configura el contenido mínimo irreductible para identificar el derecho a la protección de datos.

IV. EL PRINCIPIO DE FINALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

La finalidad de la recogida y tratamiento de los datos personales es un aspecto fundamental del derecho a la protección de datos y está incluido dentro del conjunto de preceptos relativos a los

(15) Vid. I. VILLAVERDE MENÉNDEZ: op. cit.

(16) Vid. C. RUIZ MIGUEL: “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un análisis crítico”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, enero-abril 2003.

principios de la protección de datos (artículos 4 a 12 de la LOPD)¹⁷. El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos. Es decir, ha destacado dentro del denominado principio de calidad, el principio de finalidad que justifica y legitima la recogida de los datos de carácter personal¹⁸.

Este principio comporta que las finalidades deben ser lo más precisas posibles a efectos de cumplir con el requisito de ser determinadas. La concreción de la finalidad facilita la evaluación de la adecuación de los datos que se obtienen para atender las finalidades previstas. Una finalidad definida de forma genérica o imprecisa, además de plantear problemas de legitimidad, impediría o desvirtuaría la posibilidad de realizar un juicio de adecuación de los datos. Es decir, los datos deben obtenerse y tratarse de forma proporcionada a la finalidad para la cual se recogieron (artículo 4.1 y 2 de la LOPD) y de acuerdo con este principio debe existir una relación de proporcionalidad entre el dato personal obtenido o requerido para ser tratado y la finalidad que justifica o legitima su utilización¹⁹. Para ello, es del todo necesario que la finalidad cumpla también con la obligación de atender a los criterios de claridad y concreción.

Así, con arreglo a este principio, se podrá ponderar la adecuación del tratamiento de los datos. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger y someterlos a tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con el ámbito y las finalidades, determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

La LOPD establece criterios de adecuación, pertinencia y proporcionalidad de los datos y su íntima conexión con el ámbito y finalidades para las que se hayan recogido. Si esta conexión se rompe, los datos deberían cancelarse, por ello es esencial que la finalidad prevista cumpla las exigencias de ser determinada, explícita y legítima.

A todo ello, la normativa europea también añade la necesidad de que la obtención y tratamiento de los datos personales se realice de forma leal con respecto a la finalidad prevista (artículo 5 Convenio 108 de 1981, artículo 6.1 de la Directiva 95/46/CE). Lo que supone que el momento de determinar las finalidades para las que se van a destinar los datos debe ser anterior al de su recogida. Un tratamiento posterior de esos mismos datos para una finalidad distinta se podría considerar desleal si esa otra finalidad es incompatible con la originariamente prevista. Esto es relevante ya que, de acuerdo con el principio de finalidad, los datos sólo deben ser utilizados para la finalidad originariamente prevista y para la cual fueron obtenidos, siendo ilícito usarlos para

(17) Tanto el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, como la Directiva Comunitaria 95/46/CE, así como la Carta Europea de Derechos Fundamentales, contienen este principio como forma de expresión del sistema protector y acogen este principio de finalidad como aspecto básico del derecho a la protección de datos personales (artículos 5 a 7 Convenio 108 del Consejo de Europa y artículo 6 y 7 de la Directiva 95/46/CE). VIZCAÍNO CALDERÓN, op. cit. Lo deduce del considerando 28 de la Directiva 95/46/CE.

(18) Los principios generales de la calidad de datos tienen un alcance sobre muchos aspectos que se concretan en mandatos preceptivos como el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 4 de la LOPD.

(19) Vid. M. VIZCAÍNO CALDERÓN: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, 2001.

una finalidad distinta o incompatible. La LOPD no considera finalidades incompatibles los tratamientos posteriores de los datos para fines históricos, estadísticos o científicos (artículo 4.2).

Además las finalidades también deben cumplir con el requisito relativo a la legitimación del tratamiento, de acuerdo con el cual sólo es lícito el tratamiento de los datos si se da alguno de los supuestos establecidos en la norma. Básicamente estos supuestos son: existencia de consentimiento inequívoco del interesado; cuando se sea parte de una relación comercial; para la protección de un interés vital del interesado; o para el cumplimiento de una misión de interés público (artículo 7 de la Directiva 95/46/CE y artículo 6 de la LOPD).

De esta forma, un tratamiento de datos personales precisa de un doble test para saber de su adecuación a los principios citados. Los datos recabados deben ajustarse al principio de calidad y sólo podrán ser tratados si además se cumple con algún supuesto que legitime su captura.

Para determinar la legitimidad del tratamiento de datos por parte del sector público se requiere que ello sea necesario para la ejecución de los cometidos de la autoridad pública responsable del fichero [artículo 7.e) de la Directiva 95/46/CE y artículo 6.2 de la LOPD]. Los poderes públicos sólo podrán recabar datos personales para el ejercicio de potestades atribuidas por la ley y además la previsión legal del tratamiento debe responder al requerimiento de que sea necesaria para el ejercicio de potestades públicas, con lo cual se introduce un juicio de proporcionalidad sobre dicha previsión legal²⁰. Efectivamente, el requisito de la necesidad del tratamiento debería valorarse caso por caso, lo que implicaría determinar las circunstancias particulares y las modalidades del tratamiento que han de ser consistentes con la finalidad autorizada por la ley.

En el caso que comentamos, cuando la ley habilita el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón, la finalidad prevista consiste en el ejercicio de las competencias establecidas en la Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España (artículo tercero, apartado cinco de la Ley orgánica 14/2003). Así pues, la previsión analizada cumple formalmente con los requisitos establecidos en la LOPD para las cesiones de datos, puesto que la previsión se contiene en una ley orgánica y, en consecuencia, se cumple con el principio de legalidad así como con el de reserva de ley. Incluso se podría considerar que atiende a los requisitos relativos a establecer con claridad y precisión el nuevo alcance de la utilización de los datos de los extranjeros inscritos en el padrón.

Lo que resulta más problemático es de dónde se obtienen dichos datos, la previsión de utilizar los datos del padrón municipal, que no se recabaron inicialmente para este fin. Éste es el punto crítico de dicha regulación, el cambio de finalidad del padrón en relación a los datos personales de los extranjeros. Para ello resulta necesario analizar si esta nueva finalidad a la cual atiende el padrón es compatible con las originariamente previstas.

(20) L.M. DIEZ-PICAZO: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, 2003, p. 278.

V. EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PARA FINALIDADES DISTINTAS

La adecuación de los datos a la finalidad para la que fueron recabados es un principio esencial en la LOPD (artículo 4.1 y 2) pero que aún cobra más importancia si los datos que se obtienen y luego se van a tratar, lo son sin el consentimiento de su titular. En nuestro ordenamiento no sería posible una interconexión generalizada de bases de datos públicas sin una previa autorización legal.

La prohibición de interconectar bases de datos públicas para el ejercicio de las competencias de las Administraciones Públicas deriva de la regla general contenida en la propia LOPD que establece que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para los que los datos hubieran sido recogidos”. Como se ha señalado antes, es lo que se denomina el principio de finalidad del tratamiento o de exclusividad del tratamiento, que se materializa en una doble prohibición: por un lado que los datos sean utilizados para una finalidad distinta de aquella para la que hubieran sido recogidos y que se altere, sin consentimiento del ciudadano, la finalidad del uso de los datos²¹.

La imposibilidad de utilizar los datos personales para finalidades incompatibles, plantea la duda de si se podrían utilizar para finalidades distintas pero no incompatibles. La recogida de datos para un tratamiento que se base en una finalidad concreta y determinada, en principio, debería impedir el uso de estos mismos datos para otra finalidad distinta²². Pero ciertamente lo que expresamente establece la LOPD, siguiendo la terminología de la directiva comunitaria, es la imposibilidad de tratar los datos para finalidades incompatibles.

El Tribunal Constitucional consideró inconstitucional la previsión de la LOPD que incumplía la reserva de ley sobre cesión de datos, ya que permitía que se pudiesen ceder datos personales entre Administraciones Públicas, para fines distintos de los que originaron su recogida, mediante simples normas reglamentarias y sin el consentimiento del interesado (redacción anterior del artículo 21.1 de la LOPD). Consideraba que se frustraba “la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales” por razones formales al faltar rango a la norma que permitía tal operación. Así considera el Tribunal que la LOPD incurría en inconstitucionalidad al no fijar límites para la cesión de datos entre Administraciones Públicas para finalidades distintas, sin consentimiento del particular, estableciendo únicamente la identificación de la norma reglamentaria que lo podía hacer en su lugar. (FJ 14 STC 292/2000). Pero las limitaciones sobre la regulación del derecho fundamental no se restringen al aspecto formal relativo al rango de la norma, sino que se proyectan también sobre otras exigencias de carácter material y así también se cuestiona la constitucionalidad de la restricción por razones de fondo, pudiéndose extender este razonamiento al poder legislativo y no únicamente al poder reglamentario.

(21) Vid. ANA SÁNCHEZ, HÉCTOR SILVEIRA y MÓNICA NAVARRO: *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Icaria, Barcelona, pp. 47 y ss.

(22) Como señala SERRANO PÉREZ, op. cit. “Quizá hubiera sido más afortunado, o por lo menos más preciso, emplear el término diferentes en lugar de incompatibles, puesto que se hubiera limitado bastante la posibilidad de introducir modificaciones respecto a la finalidad”, p. 439.

Así, el Tribunal Constitucional recuerda que “la reserva de Ley prevista en el artículo 53.1 de la CE respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias como el que antes hemos enjuiciado, sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites” (FJ 15, de la STC 292/2000). Citando jurisprudencia al respecto, el Tribunal reitera que “la Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales... y además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas”. (FJ 15 STC 292/2000).

Este razonamiento, que utilizó el Tribunal Constitucional para declarar no ajustada a la Constitución la habilitación reglamentaria, también se podría aplicar al legislador que limite el contenido del derecho fundamental a la protección de datos. También en este caso, además de atender al requisito formal del rango de la disposición, se deberá justificar la limitación en otros derechos o bienes constitucionales y además de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional, al enjuiciar la propia LOPD, consideró que “el apoderamiento legal que permita al Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos” y así cuestiona la constitucionalidad de la citada ley “al permitir que el derecho fundamental ceda ante intereses o bienes jurídicos de rango infraconstitucional en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que no lo prevé así” (FJ 11 de la STC 292/2000).

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia sobre la ley del censo, también consideró que las limitaciones al derecho fundamental a la protección de los datos debían reunir los siguientes presupuestos: tener un fundamento constitucional, cumplir el principio de proporcionalidad y adoptar precauciones organizativas y jurídico-procesales [apartado II.1.b) de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983].

VI. PROPORCIONALIDAD DE LA PREVISIÓN LEGAL SOBRE EL ACCESO DE LOS DATOS DE LOS EXTRANJEROS INSCRITOS EN EL PADRÓN MUNICIPAL

La ley que se comenta, en la medida en que autoriza a la policía el acceso a los datos del padrón municipal, modifica, alterándola radicalmente, la finalidad para la que se recogieron los datos del padrón y además sólo para un conjunto de datos, los de los extranjeros inscritos en dicho padrón. Es justamente aquí donde se produce la vulneración, la quiebra de la regla general de exclusividad del tratamiento establecida en la LOPD²³.

(23) Este comentario también puede ser extensivo a la previsión genérica de acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas para la cesión de datos de los extranjeros y concretamente para los supuestos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística.

El acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón

II

Se ha ampliado el alcance de la finalidad inicialmente establecida para legitimar la recogida, tratamiento y cesión de los datos, ya que se han previsto nuevas finalidades, sobre competencias distintas y sobre materias diferentes. Se estaría afectando un aspecto esencial del derecho a la protección de datos como es el tratamiento leal de dicha información previamente obtenida para atender otras finalidades. Ambas finalidades, la originaria del padrón municipal y la sobrevenida establecida en virtud de la ley orgánica deben ser compatibles.

Los datos de los padrones sólo pueden ser cedidos a otras administraciones para fines compatibles con los inicialmente previstos (determinar el domicilio, o residencia habitual, la atribución de la condición de vecino, la determinación de la población). Como señala VILLAVERDE, únicamente se pueden ceder los datos del padrón para el ejercicio de competencias idénticas o sobre materias similares a las ejercidas por el Ayuntamiento, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. Fuera de estos casos la LOPD prohibiría cualquier cesión de datos que no se refiera a fines estadísticos o de elaboración del censo electoral.

Esta modificación de la regulación del padrón que admite un acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción de los extranjeros además de alterar de forma sustancial un elemento decisivo en el derecho a la protección de datos como es la finalidad, supone una excepción en la regulación de este derecho para los extranjeros que debería resistir el juicio de proporcionalidad correspondiente.

Para ello sería necesario, en primer lugar, determinar si esta ampliación de la finalidad del padrón que posibilita el acceso a los datos de los extranjeros con el objeto de permitir su control en materia de inmigración, cumple con los requisitos de adecuación para alcanzar el fin perseguido (requisito de idoneidad). En segundo lugar, debería analizarse si dicha previsión es necesaria, en tanto en cuanto que no sea jurídicamente posible una medida alternativa menos gravosa para el interesado (requisito de necesidad). Finalmente, habrá que examinar si la medida supone un sacrificio excesivo del derecho a la protección de datos de los extranjeros (requisito de proporcionalidad en sentido estricto)²⁴.

El juicio de idoneidad o adecuación comportaría analizar si la medida consistente en el acceso de la policía a los datos de los extranjeros inscritos en el Padrón es razonablemente pertinente para alcanzar la finalidad perseguida por la ley consistente en el control de la inmigración ilegal. El segundo de los requisitos consistente en la necesidad de la medida comportaría analizar si existe un medio alternativo menos gravoso y de igual eficacia para alcanzar la finalidad perseguida con el mismo. En cuanto al requisito de la proporcionalidad en sentido estricto, comporta un juicio de ponderación entre la finalidad perseguida, el alcance de la medida y la naturaleza del derecho fundamental restringido.

(24) M. GONZÁLEZ BEILFUSS: *El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, 2003.

Aunque el principio de proporcionalidad y el respeto por el contenido esencial no responden a un mismo tipo de análisis, sí que existe un paralelismo entre este último y el requisito de proporcionalidad en sentido estricto²⁵. En ambos casos se trata de averiguar el grado de afectación, en cuanto a su restricción, de una medida en relación a un derecho fundamental. Para el respeto del contenido esencial basta que el derecho fundamental no quede destruido o desvirtuado. La proporcionalidad exige además, que la restricción sea adecuada y necesaria. Así, en el supuesto que comentamos el contenido esencial del derecho queda afectado puesto que queda restringido en un aspecto esencial del mismo como es la ampliación de la finalidad. Pero además, esta restricción debe ponderarse a la luz de los valores que legitiman la medida mediante el análisis de su proporcionalidad. En este caso hay que tener en cuenta que para los extranjeros inscritos en el padrón se ha establecido un régimen de acceso o cesión de datos de dicho padrón municipal distinto de las restantes inscripciones. Es decir, se ha establecido un tratamiento legal diverso del acceso a los datos de los extranjeros no comunitarios que da lugar a un distinto alcance en la protección de este derecho fundamental a la protección de datos según se trate de nacionales o extranjeros. Este tratamiento legal diferenciado, que se basa en la necesidad de atender a una finalidad, en principio legítima, el control de la inmigración, debería analizarse si es compatible y no contradictorio con la finalidad originariamente prevista para el padrón municipal y, en consecuencia, da lugar a una restricción excesiva y no proporcionada de este derecho fundamental para un colectivo determinado de personas, los extranjeros no comunitarios, que no obstante ser titulares del derecho en las mismas condiciones que los demás, ven restringida su posición jurídica en cuanto a la intensidad de la protección.

Es preciso señalar que además de la limitación que se produce en el derecho a la protección de datos de los extranjeros no comunitarios, el efecto de la medida no es otro que desincentivar, incluso inhibir la inscripción de los destinatarios en el padrón municipal, con la consiguiente afectación de otros derechos para el ejercicio de los cuales la acreditación de la residencia se establece como un requisito insoslayable como son los derechos relativos a la educación, a la sanidad o a las prestaciones sociales.

Esta consideración debe tenerse en cuenta sobre todo en relación a la modificación introducida por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, que comporta la creación de dos grupos de datos personales en el padrón con regímenes de calidad diferentes, según se refieran a extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente, de una parte, o al resto de la población. En el primer caso se establece una renovación periódica cada dos años de las inscripciones, que de no realizarse, comporta la caducidad automática. En cambio, para el resto de datos personales no se prevé ninguna modificación que altere el régimen general de calidad de los datos. Con lo cual se puede dar el caso de impedir de forma automática el acceso a determinados servicios sanitarios o educativos por la falta de actualización de dichos registros de datos.

(25) L.M. DíEZ-PICAZO: op. cit., p. 111.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la propia LOPD ya establece un régimen singular de las bases de datos creadas para fines policiales. Así se prevé que “la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales...” (artículo 22.2). Por ello, los únicos supuestos en que sería posible el acceso de la policía a los datos del padrón consistirían en los específicamente relacionados con el ejercicio de competencias administrativas distintas de las estrictamente policiales, es decir aquellas que tienen que ver con las actuaciones previstas en la ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España. Pero estas funciones sobre derechos y libertades de los extranjeros, más allá de las de carácter policial, al coincidir en la misma instancia, hace más opaco para el titular de los datos conocer efectivamente cuál será el destino y el uso, es decir la finalidad, del acceso a sus datos personales.

La cuestión de fondo que se plantea, más allá del control de los extranjeros, es si el ejercicio de competencias policiales o de cualquiera otra competencia administrativa de control y de vigilancia de las personas justifica constitucionalmente la interconexión entre las bases de datos públicas y el acceso y la cesión entre las Administraciones de cualquier dato no recogido originariamente ni de manera principal para finalidades de vigilancia y control²⁶. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley del censo ya consideró la finalidad del tratamiento como un elemento decisivo del derecho a la protección de datos. Así, en dicha sentencia se indicaba que “Solo cuando reine la claridad sobre la finalidad con la cual se reclamen los datos y qué posibilidades de interconexión y de utilización existen se podrá contestar la interrogante sobre la licitud de las restricciones del derecho a la autodeterminación informativa”. (II.2 de la Sentencia de 15 de diciembre de 1983).

En virtud de esta autorización de acceso a la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en padrón municipal se permite una interconexión de bases de datos públicas que podrían dar lugar a una restricción del derecho fundamental a la protección de datos. La compatibilidad de las finalidades que habilitan las interconexiones de las bases de datos públicas es un elemento esencial a tener en cuenta para legitimar su previsión y que ésta se haga de forma adecuada con el respeto al derecho fundamental que se ve afectado. Si no fuese así, el derecho a la protección de datos dejaría de ser resistente a la regulación del legislador que formalmente está habilitado para ello y significaría permitir cualquier previsión en este sentido.

(26) STEFANO RODOTÀ, prólogo a DAVID LYON: *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. VIII. Como ha subrayado Stefano RODOTÀ, hay aquí una nueva e inquietante concepción del derecho a la protección de datos y una nueva dimensión de la vigilancia que reconoce el poder del Estado de disponer de cualquier tipo de información personal y con independencia de la finalidad originaria para la que fue recogida. Considera así que es necesario definir las condiciones para evitar que la sociedad de la vigilancia se resuelva en el control autoritario y en la discriminación.

La medida restrictiva, además, se prevé exclusivamente para un colectivo determinado, los extranjeros no comunitarios, ya que el resto de titulares del derecho no ve afectada su posición jurídica ni disminuida la intensidad de la protección de su derecho. Sólo para este conjunto de titulares del derecho a la protección de datos se ha admitido el acceso a las inscripciones del padrón, dando lugar a un tratamiento legal distinto del contenido y alcance del derecho fundamental, tratamiento diferenciado que incide directamente en el ejercicio de otros derechos.

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona
(vaguado@ub.edu)

III

Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre

SUMARIO

I. El contexto en que se introducen nuevas causas de inadmisibilidad en los procedimientos de extranjería: la reforma de la Ley 14/2003, de 20 de noviembre.

II. Las causas de inadmisibilidad en la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. A) Breve panorámica general sobre la incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva en las causas de inadmisibilidad. B) La aplicación en determinados casos del derecho a la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos. C) Los extranjeros como titulares del derecho a la tutela judicial efectiva.

III. Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos. A) La regulación general de las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos. B) Las garantías comunes de los administrados ante las Administraciones públicas y los procedimientos especiales. C) Un precedente significativo: las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos de asilo. D) Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería según la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

IV. Conclusión y valoración general: la inconstitucionalidad de las causas de inadmisibilidad basadas en la mera situación administrativa del extranjero

I. EL CONTEXTO EN QUE SE INTRODUCEN NUEVAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA: LA REFORMA DE LA LEY 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE

Después que el Tribunal Supremo anulara en el mes de marzo de 2003 diversos artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley de extranjería, el Gobierno central anunció su intención

de modificar, una vez más, esta Ley. La intención de esta modificación partía, pues, de la voluntad política de dar cobertura legal a los preceptos anulados, ante la insuficiencia de las habilitaciones previstas en la legislación vigente. También, se quería aprovechar la reforma para introducir otros aspectos, que se han tratado de justificar en la voluntad de alcanzar los siguientes objetivos: a) mejorar la gestión de la tramitación administrativa; b) reforzar los instrumentos sancionadores; y c) incorporar la normativa europea recientemente aprobada. La modificación de la ley fue anunciada durante la campaña electoral de las elecciones municipales de mayo de 2003 con la previsión de tramitarse y aprobarse durante la fase final de la VII legislatura.

Dentro de este contexto, el Gobierno aprobó el correspondiente Proyecto con la pretensión de modificar tres leyes. Además de la Ley de extranjería (Ley orgánica 4/2000), se reforman otras leyes que también afectan al régimen de los extranjeros, como son las que regulan el padrón municipal (Ley 7/1985, de bases del régimen local) y las garantías del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992). Durante la tramitación parlamentaria de la Ley se incorporó la modificación de otra ley para considerar desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar (Ley 3/1991, de competencia desleal).

Durante la tramitación parlamentaria se llega a un acuerdo que cristaliza en un texto pactado por tres formaciones políticas: Partido Popular, Partido Socialista y Coalición Canaria. El consenso alcanzado, según señala alguna de las formaciones, no responde a un Pacto de Estado, sino a la necesidad de incorporar una serie de enmiendas que introdujesen mejoras en el texto inicial. Por su parte, las críticas de los grupos de la oposición con relación a la modificación legislativa se han centrado fundamentalmente en tres puntos: a) la falta de previsión de mecanismos de regularización para la existencia de aproximadamente 600.000 extranjeros en situación irregular; b) el acceso de la policía a los datos confidenciales del padrón que provocarán un efecto disuasorio a los inmigrantes que quieran inscribirse; y c) la no previsión de competencias para las comunidades autónomas.

El texto que fue consensuado en el Congreso por estas tres formaciones políticas se aprobó sin ninguna modificación en el Senado por lo que se publicó finalmente como Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en el *BOE* del día 21 de noviembre entrando en vigor en el plazo de un mes desde su publicación.

Entre las novedades que introduce esta Ley una de las más relevantes por su importante trascendencia práctica es la que afecta a los procedimientos administrativos y, en concreto, al tema de la ampliación de las causas en base a las cuales la Administración puede declarar la inadmisión de las solicitudes presentadas en los procedimientos administrativos de extranjería. Ello se lleva a cabo bajo la justificación de proceder a una mejora de los procedimientos administrativos a través de la adopción de medidas de simplificación, tal y como pone de relieve el mismo Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2003:

“Finalmente, las nuevas disposiciones adicionales que se incorporan a la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, van dirigidas, por un lado, a introducir instrumentos para

mejorar la gestión de los procedimientos de extranjería con el objeto de ordenar adecuadamente, los flujos migratorios y evitar el uso fraudulento de aquéllos.”

Cabe señalar, sin embargo, que difícilmente pueden justificarse estas especialidades en meras razones de mejora de la gestión y de simplificación de procedimientos cuando, en realidad, lo que se procede es a evitar la aplicación de las garantías que con carácter general regula la legislación de procedimiento administrativo común.

La simplificación no debe suponer necesariamente la mera reducción de las propias funciones administrativas, sino la eliminación de aquellas actuaciones innecesarias que ralentizan el funcionar cotidiano de las Administraciones públicas. Así, se ha señalado que “la simplificación desemboca inevitablemente en la reducción o la supresión de la reglamentación gubernamental, cuando dicha reglamentación deja de ser necesaria o sus objetivos pueden alcanzarse con mayor efectividad por medio de mecanismos alternativos”¹. Se trata, en definitiva de racionalizar la actuación administrativa para prestar el adecuado servicio a los intereses generales y al mismo tiempo garantizar la posición jurídica de los ciudadanos que resultan afectados. En esta línea se ha advertido que “el objetivo de la simplificación administrativa no debe menoscabar las libertades, poner en peligro la existencia de organismos consultivos creados para contribuir a la democracia dentro de la vida económica o conducir a una disminución de la seguridad jurídica de los administrados”². En este sentido, la disposición adicional primera de la Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, al regular la simplificación de procedimientos dispone que: “En ningún caso, las especialidades de los distintos procedimientos podrán suponer una disminución o limitación de las garantías consagradas en esta Ley”. En este contexto, P. AGUELO NAVARRO³ ha advertido claramente que:

“En realidad, no parece que los trámites administrativos vayan a agilizarse como sería deseable. Por el contrario mucho nos tememos que la obsesiva preocupación que sobresale en todo el texto del Anteproyecto por el que se denomina «inmigración ilegal» provoque unas prácticas administrativas poco acordes con la deseada finalidad. El control policial, la regulación de la extranjería como régimen expreso de sujeción especial administrativa no anuncia una pacífica y aligerada gestión administrativa.”

Por tanto, si bien siempre es aconsejable que el legislador tienda a conseguir la simplificación procedimental y la eliminación de trámites, cuestión bien distinta es que se proceda a realizar a costa de los derechos y garantías, ello más todavía cuando ello se realiza en base al criterio de la mera situación administrativa de la persona que en este caso tiene nacionalidad extranjera.

(1) Vid. *el Informe del Grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa. Resumen y propuestas en DOCE COM (95) 288 final*, pp. 2-3.

(2) Vid. la Recomendación del Consejo de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros (*DOCE serie L 141, 1990*, de 2 de junio de 1990).

(3) Vid. de este autor: “Comentarios de urgencia acerca del Anteproyecto de modificación Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre” publicado en la página web del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, en la siguiente dirección electrónica: http://www.extranjeria.info/publico/temas/Reforma-anual-loex/opinion/comentarios_web.pdf.

En el caso que aquí tratamos la inadmisibilidad supone que la Administración ni tan siquiera se digna a valorar la solicitud excluyendo cualquier tramitación del procedimiento administrativo. Tal situación puede comportar una posible vulneración del derecho a la tutela judicial que proclama el artículo 24.1 de la CE, así como supone eliminar el tratamiento común ante las Administraciones públicas que han de garantizarse al administrado de acuerdo con los artículos 105.c) y 149.1.18 de la CE.

Para comprobar si ello es realmente así, en este trabajo se procederá en primer lugar a examinar la jurisprudencia constitucional sobre las causas de inadmisibilidad, en segundo lugar se procederá a ver cuáles son las garantías comunes que se garantizan al ciudadano, en tercer lugar se analizarán las causas de inadmisibilidad que introduce la Ley Orgánica 14/2002, de 20 de noviembre, en cuarto lugar se comparará con las especialidades que sobre admisión de solicitudes regulan los procedimientos para la concesión de asilo y, finalmente, se formularán unas conclusiones generales sobre si pueden o no considerarse constitucionales las nuevas causas de inadmisibilidad que introduce esta nueva reforma.

II. LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A) Breve panorámica general sobre la incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva en las causas de inadmisibilidad

El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las causas de inadmisibilidad en relación al proceso contencioso-administrativo a través fundamentalmente de recursos de amparo en que se invocaba la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴. La jurisprudencia del Alto Intérprete de la Constitución ha venido distinguiendo entre los dos primeros apartados del artículo 24 señalando que el primero no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la CE sino que se trata de un derecho de configuración legal, si bien el legislador debe respetar su contenido esencial (STC 68/1983, de 26 de julio). Respecto a este primer apartado del artículo 24 el Tribunal Constitucional ha venido señalando que comprende, entre otros, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la doble instancia en materia penal, la exigencia de motivación de las sentencias, el derecho a su ejecución, el principio *pro actione* o de interpretación más favorable para la efectividad del derecho, la necesidad que el Juez examine *ex officio* los requisitos procesales de orden público, la interpretación de la legitimación para recurrir en vía contenciosa. De entre todos ellos el que más nos interesa en este trabajo es el del acceso a la jurisdicción.

(4) Sobre este tema deben destacarse, entre otras, las siguientes obras: M.R. ALONSO IBÁÑEZ: *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Civitas y Alsa, Madrid, 1996; R. FERNÁNDEZ MONTALVO: "Causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo" en J.J. RAPOSO ARCEO; J.M. GÓMEZ Y DÍAZ DE CASTROVERDE (Eds.): *Jornadas sobre el proceso contencioso-administrativo*, A Coruña, 2 y 3 de diciembre de 1993, Santiago de Compostela, 1994.

En efecto, el derecho del acceso a la jurisdicción como parte del derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el derecho a ejercitar una acción sino sobre todo el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Si bien este derecho se satisface, por regla general, con una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto, ello no excluye que sean constitucionalmente admisibles las resoluciones meramente procesales como las de inadmisión (STC 11/1982, de 29 de marzo). Ahora bien, para que estas últimas resoluciones sean compatibles con la Norma Fundamental resulta necesario que sea adoptada de acuerdo con el principio *pro actione*, teniendo en cualquier caso presente la *ratio* de la norma y un criterio de proporcionalidad entre el defecto advertido y la sanción que se aplica. Ello de tal forma, que el no pronunciamiento sobre el fondo del asunto no puede basarse en meros formalismos o en entendimientos no razonables de las normas procesales.

También debe tenerse en cuenta que el derecho de acceso a la jurisdicción no se satisface solamente con una resolución que se limite a declarar la existencia de una causa de inadmisibilidad, sino que dicha resolución debe ser debidamente motivada. Por tanto, cuando se señala que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a las resoluciones motivadas, no solamente se está refiriendo a aquellas que se pronuncian sobre el fondo del asunto, sino a todo tipo de resoluciones incluidas, por tanto, las que se limitan a declarar la inadmisibilidad. En caso que la resolución no se razone o justifique jurídicamente la causa de inadmisibilidad se estaría en un supuesto de incongruencia omisiva que resultaría contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El derecho de acceso a la jurisdicción con relación a las causas de inadmisibilidad vincula tanto al legislador en su establecimiento como al juzgador en el momento de su aplicación. Por lo que se refiere al establecimiento por el legislador de nuevas causas de inadmisibilidad el derecho fundamental exige: a) que no resulte desproporcionada a la finalidad de garantizar la integridad objetiva del proceso y de los derechos procesales de las partes que intervienen; b) que deberá obedecer a finalidades razonables de protección de bienes o intereses constitucionalmente protegidos; c) que deberá guardar la proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables.

Por tanto, de acuerdo con lo que dispone reiteradamente la jurisprudencia constitucional, el legislador no posee una facultad omnímoda de configurar a su libre elección las posibles causas de inadmisibilidad sino que debe realizarlo dentro de unos límites bien concretos como los que hemos señalado anteriormente.

B) La aplicación en determinados casos del derecho a la tutela judicial efectiva a los procedimientos administrativos

El derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución tiene, como su propio nombre indica, su ámbito normal de aplicación en los procesos judiciales. En este sentido una constante jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha venido excluyendo una extensión sin más al ámbito del procedimiento administrativo, a excepción del caso singular de las sanciones administrativas debido a su consideración como una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

No obstante, existe también una constante jurisprudencia que viene reconociendo que puede aceptarse que ha habido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde el plano del procedimiento administrativo “en el caso de que la índole de la actuación administrativa sea tal que llegue a producir un resultado que cierre el paso a la ulterior intervención revisora de la jurisdicción o no permita la revisión del acto” [STS de 1 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 1329) y STS de 17 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 308)]. En estos casos, se produce no solamente una vulneración de la tutela judicial efectiva sino que se ocasiona una situación de indefensión proscrita por el propio artículo 24.1 de la CE, según han manifestado las SSTs de 2 de abril de 1993 (*RJ* 1993, 2756), 15 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4597), 14 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3309) y 21 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3008).

Nótese bien que se está refiriendo no sólo a las actuaciones administrativas que impiden el acceso al proceso, sino también a aquellas que impiden una intervención revisora de la Administración o no permitan la revisión del acto. En este sentido, una actuación administrativa en la que concurren importantes elementos de discrecionalidad como sucede en el ámbito de la extranjería que no se pronuncia sobre el fondo del asunto impide al juez o tribunal pronunciarse sobre esta actuación y le impide un efectivo control de la discrecionalidad administrativa. Este tipo de actuación en cuanto impide un pleno control de la legalidad de la actuación administrativa supone también una vulneración del artículo 106.1 de la CE. En este sentido se ha pronunciado la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 21 de julio de 2000 (*RJ* 2000\7096) en relación con la no admisión a trámite de un recurso administrativo dirigido contra liquidación de cuotas de la Seguridad Social cuando no concurre garantía de aval bancario suficiente. Por su interés parece conveniente reproducir los términos en que ésta se pronuncia:

“Si bien el ámbito de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental no se extiende al procedimiento administrativo, sin que le afecten las deficiencias o irregularidades achacables a las Administraciones públicas y siendo indiferente la valoración que pueda merecer dicha actuación administrativa al respecto, como han reconocido los Autos del Tribunal Constitucional 577/1988 y 310/1995, así como la doctrina contenida en la Sentencia 65/1994, no es menos cierto que el pleno sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho y la función jurisdiccional de control de dicha actuación (artículos 103.1 y 106.1 de la CE), así como la efectividad de los postulados básicos que se predicán del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) impiden la subsistencia de comportamientos de la Administración que puedan quedar inmunes al control judicial, como reconoció el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 294/1994, por lo que se impone la necesidad de proceder a una interpretación del artículo 24.1 de la Constitución en el sentido más claramente favorable al ejercicio de la acción. El examen jurisprudencial precedente permite constatar que si se reconociera la legalidad del precepto cuestionado, se vulneraría el derecho de acceso a la jurisdicción y se realizaría una interpretación que sería no acorde con el principio general favorable al examen del fondo de la pretensión y con el que informa toda aplicación de los postulados constitucionales del artículo 24.1 de la Constitución.”

Por tanto, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva no se extiende sin más al procedimiento administrativo, sí que podemos encontrar algunas actuaciones que se suceden en este procedimiento que pueden comportar una vulneración de este derecho fundamental en cuanto condicionan gravemente o excluyen el control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa (artículos 24 y 106.1 de la CE).

C) Los extranjeros como titulares del derecho a la tutela judicial efectiva

De acuerdo con el artículo 24 de la CE, “todas las personas” son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, de una interpretación literal del precepto puede inferirse que los ciudadanos extranjeros son titulares de este derecho fundamental en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. Ahora bien, esta afirmación no sólo se justifica en la mera dicción literal del precepto, sino también de una interpretación sistemática de acuerdo con el artículo 10.2 de la CE. En este sentido cabe citar el artículo 10 de la Declaración universal de derechos humanos, el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y el artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966. En todos estos textos jurídicos internacionales se advierte que el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a “toda persona” o a “todas las personas”, sin atención a su nacionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha venido considerando que la condición de extranjero es un elemento irrelevante con relación con la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo puso de relieve la STC 99/1985, de 30 de septiembre, tesis que fue confirmada por la STC 115/1987, de 7 de julio, y que recientemente ha sido recordada por la STC 95/2003, de 22 de mayo (inconstitucionalidad Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita).

La tutela judicial efectiva estaría, según el Alto Intérprete Constitucional, dentro de aquella categoría de derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o, dicho de otro modo, con “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español”. Por tanto, no sería posible en este caso ni la atemperación o modulación de estos derechos por el legislador, tal y como puede suceder en relación con otras categorías de derechos fundamentales de acuerdo con el artículo 13 de la CE.

Por todo ello, cabe concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva es de plena aplicación a los extranjeros, tal y como nos recuerda el propio artículo 20.1 de la LODYLE, dentro del capítulo que lleva por rúbrica “Garantías jurídicas”⁵. Ello comporta que las anteriores consideraciones que la

(5) Pese a la existencia de una clara y consolidada jurisprudencia constitucional, durante el debate parlamentario de la LO 4/2000 se quiso restringir la titularidad de este derecho fundamental. En efecto, entre las enmiendas que formuló en aquel entonces el Grupo Parlamentario Popular en el Senado encontramos la n.º 29 de adición para añadir las palabras “que se hallen en España” tras “Los extranjeros”. La justificación de tal enmienda era “Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva para los extranjeros que se encuentren en España”. Dicha enmienda al limitar tal derecho a los extranjeros que se encontraran en territorio español fue objeto de fuerte crítica por otros grupos parlamentarios. La aprobación del texto inicial del Congreso como LO 4/2000 y por tanto el rechazo de dicha enmienda pospuso el debate hasta que éste se volvió a reintroducir con el borrador de LO 8/2000. Las fuertes críticas que formularon tanto diversas organizaciones como altos órganos consultivos (el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial) por la clara y manifiesta inconstitucionalidad de esta propuesta hizo que finalmente no se aprobara. En esta línea crítica cabe destacar la intervención parlamentaria del Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET: “Y sobre todo, por favor, porque la Constitución también lo proclama, no pueden ustedes decir que la tutela judicial de cualquier persona, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, puede depender de estar o no estar aquí. La tutela judicial es un derecho conquistado por los países civilizados y es uno de los requisitos fundamentales para medir un Estado democrático”. Vid. *BOCG-Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, 22 de diciembre de 1999.

jurisprudencia constitucional ha venido derivando del derecho al acceso a la jurisdicción en torno a las causas de inadmisibilidad, que hemos examinado anteriormente, son de plena aplicación a los procedimientos administrativos de extranjería, tal y como veremos a continuación.

III. LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

A) La regulación general de las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos

La regulación general de las causas de inadmisibilidad del procedimiento administrativo podremos encontrarla en el artículo 89 de la LRJPAC cuando establece que:

“En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto en el artículo 29 de la Constitución.”

Esta regulación se establece como una excepción a la regla del *non liquet* que viene a predicarse de los procedimientos administrativos. Cabe señalar, sin embargo, que esta regulación es parcial por cuanto no alude a causas importantes como la extemporaneidad, la falta de competencia, la falta de legitimación del solicitante, el tratarse de actividad no susceptible de impugnación, sino que únicamente contempla esencialmente las solicitudes manifiestamente carentes de fundamento o relativas a derechos no previstos por el Ordenamiento Jurídico.

No obstante, es pacíficamente admitida la posibilidad que la Administración declare la inadmisibilidad en base a las mismas. A falta de una previsión legal expresa de estas causas, puede pensarse en una aplicación analógica al procedimiento administrativo de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 51 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cabe señalar que, en cualquier caso, destacados autores así como una constante jurisprudencia señala que en el procedimiento administrativo rige el principio denominado *in dubio pro actione*. En este sentido, debe entenderse por ejemplo la necesidad de dar un plazo de quince días para la subsanación de las solicitudes que no cumplan los requisitos establecidos en el artículo 70 de la LRJPAC.

Por su parte, en vía de recurso administrativo el artículo 113.1 de la LRJPAC establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión. Pese a este reconocimiento de la posibilidad de declarar la inadmisión tampoco se tipifican claramente unas causas de inadmisibilidad respecto a la interposición de recursos administrativos, por ello serán de aplicación las mismas consideraciones que realizábamos anteriormente.

B) Las garantías comunes de los administrados ante las Administraciones públicas y los procedimientos especiales

Al regular el derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 20 de la LODYLE hace en el segundo apartado de este precepto unas referencias a las garantías generales del procedimiento administrativo:

“Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley”.

Esta salvedad del artículo 27 se refiere concretamente al régimen de visados que vino a recogerse específicamente en la disposición adicional undécima de la LRJPAC que introdujo la Ley 4/1999, según la cual los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se registrarán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que las desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente ley.

Cabe advertir que la reforma realizada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, ha añadido una nueva disposición adicional decimonovena a la LRJPAC, bajo la rúbrica “Procedimientos administrativos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre” en los siguientes términos:

“Los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se registrarán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente ley.”

Ante esta regulación legal, cabe advertir que el procedimiento administrativo es una institución constitucionalmente relevante, tal y como se desprende de los artículos 105.c) y 149.1.18 de la CE. De acuerdo con el primero de estos preceptos se establece una reserva de ley para la regulación del procedimiento administrativo advirtiendo de la importancia del trámite de audiencia que deberá garantizarse cuando proceda. Por lo que se refiere al segundo de estos preceptos se trata fundamentalmente de un título competencial: las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. El artículo 149.1.18 al establecer este título competencial señala “que en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas”. Este inciso comporta que no se trate exclusivamente de un título competencial sino también de un mandato al legislador de asegurar un tratamiento común o unas garantías comunes que no pueden eludirse.

Nótese bien que el constituyente utiliza en el artículo 149.1.18 la noción de “administrado” y no la de “ciudadano” o la de “español”. Como es sabido la noción de “administrado” ha venido utili-

zándose tradicionalmente como alternativa a la de ciudadano para evitar la exclusión de los extranjeros y proclamar el carácter territorial de las potestades administrativas sobre las personas que se encuentran en su territorio⁶.

La jurisprudencia constitucional ha venido señalando que no cabe identificar procedimiento administrativo general con procedimiento administrativo común y que, por tanto, es posible la existencia de procedimientos administrativos especiales que tengan por tanto el carácter de común.

Por tanto, si bien resulta perfectamente claro la existencia de especialidades en los procedimientos administrativos basados bien en la propia materia o ámbito de que se trata o bien en aspectos relativos a la organización administrativa, mucho más discutible es que tales especialidades justifiquen una quiebra del tratamiento común de los administrados ante las Administraciones públicas, finalidad con la que el Constituyente ha vinculado al Legislador al regular el procedimiento administrativo, tal y como se infiere de una lectura conjunta de los artículos 105.c) y 149.1.18 de la CE.

Así, por ejemplo, la existencia de una organización específica como la Administración General del Estado en el Exterior (Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares) puede obviamente comportar la existencia de especialidades en el procedimiento. También es perfectamente falible la existencia de especialidades en razón del ámbito material de que se trate, como puede ser el de la extranjería y la inmigración. De esta forma pueden producirse especialidades como la realización de trámites específicos, la duración de los plazos de tramitación, los órganos competentes para resolver o el régimen de recursos, entre otros.

Ahora bien, una cosa es la especialidad y otra bien distinta es la ablación, eliminación o reducción de garantías comunes de los administrados en base a la mera situación administrativa de la persona, llegando incluso como veremos más adelante a privar a jueces y tribunales de un efectivo control sobre la legalidad de la actuación administrativa.

C) Un precedente significativo: las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos de asilo

Un precedente importante que debe tenerse en cuenta en relación a los ciudadanos extranjeros es el relativo a los procedimientos administrativos en materia de asilo donde, mediante la Ley 9/1994, de 19 de mayo, se establecieron unas causas específicas de inadmisión a efectos de evitar que se produjera una utilización fraudulenta de estos procedimientos.

Como es sabido, los supuestos de asilo hacen referencia a aquellos ciudadanos extranjeros que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, per-

(6) En este sentido, R. ENTRENA CUESTA para evitar la exclusión de los extranjeros considera “dada su vieja raigambre” cabe seguir hablando de “administrado”, si bien “con plena consciencia del papel que le corresponde en el ámbito del Estado social de Derecho” Vid. R. ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho administrativo* I/1, 13ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

tenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

El legislador español al regular el asilo ha establecido una lista cerrada y tasada de causas de inadmisión en las que la Administración no está investida de potestades discrecionales, sino que utiliza conceptos jurídicos indeterminados que pueden ser objeto de control por los tribunales de justicia. A ello se añade que la Administración está obligada a motivar la inadmisión a trámite en una resolución individualizada. Así, “el entrecruzamiento de estas técnicas de garantía asegura al extranjero que pide asilo una protección ajustada a Derecho (el contenido del acto es *previsible* para el solicitante) y la objetivación del correspondiente control judicial (el acto administrativo es *mensurable* para los Tribunales)⁷. Además, se prevé que la falta de notificación de la inadmisión a trámite en el plazo de cuatro días provoca efectos favorables para la tramitación del procedimiento administrativo.

La utilización fraudulenta de estas solicitudes se realiza a fin de conseguir las ventajas que supone el régimen de asilado. Piénsese que la LODYLE excepciona de los requisitos de entrada en territorio español (artículo 25.3) a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España. De esta forma, la resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

D) Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería según la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre

La reforma de la LODYLE mediante la LO 14/2003, de 20 de noviembre, añade una disposición adicional cuarta, bajo la rúbrica “Inadmisión a trámite de solicitudes”, con el siguiente contenido:

“La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley, en los siguientes supuestos:

1. Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.
2. Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.
3. Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.

(7) Sobre el tema vid. el estudio de D.V. BLANQUER CRIADO: *Asilo político en España: garantías del extranjero*, Ed. Civitas y Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 187.

4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.
5. Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.
6. Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.
7. Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3.
8. Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por Ley.”

Los supuestos previstos en los apartados 1, 2, 3 y 6 pueden considerarse como un recordatorio de las causas que habitualmente se utilizan con carácter general en los procedimientos administrativos, según se ha expuesto anteriormente. Las novedades realmente significativas vienen dadas por los supuestos 4, 5, 7 y 8 referidos a la existencia de una orden de expulsión o que ésta se esté tramitando, la mera situación de irregularidad y en el caso en que no se haya comparecido personalmente cuando ello sea exigido por la Ley.

Los supuestos 4, 5 y 7 tienen en común el hecho que toman como referencia fundamental la situación administrativa del extranjero. Podría pensarse que todos estos casos se podrían haber reconducido al supuesto de la irregularidad. La razón fundamental para que ello no se haga reside, precisamente, en que en el apartado 7 se realiza una excepción, la de los procedimientos del artículo 31.3 de la LODYLE. En efecto, la Administración no podrá declarar la inadmisibilidad aunque se trate de un extranjero en situación de irregularidad en el procedimiento administrativo de una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. Esta excepción no es aplicable, en cambio, cuando haya una expulsión en coherencia con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LODYLE, según el cual:

“La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.”

La consideración de la mera situación subjetiva de irregularidad como causa de inadmisibilidad del procedimiento administrativo de extranjería comporta una vulneración clara del derecho a la tutela judicial efectiva que, como se ha visto anteriormente, no distingue entre ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros. Por tanto, constitucionalmente no bastaría la mera situación de irregularidad para inadmitir la solicitud sino que deberían concurrir además una serie de circunstancias previstas legalmente que fueran proporcionadas y se basaran en finalidades razonables de protección de bienes o intereses constitucionalmente protegidos.

Por lo que se refiere al supuesto relativo a la orden de expulsión, la causa de inadmisibilidad afecta tanto a aquel caso en que se está tramitando el procedimiento administrativo sancionador como a aquel otro en que ya se ha dictado la correspondiente orden de expulsión. En el caso que no haya todavía una resolución sancionadora además de la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción se estaría infringiendo el derecho a la presunción de inocencia que como garantía procesal recoge el artículo 24.2 de la CE.

Tratándose del ámbito sancionador de la Administración pública, no puede dudarse de ninguna forma de la aplicación al mismo de los derechos y garantías procesales del artículo 24 de la Constitución, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Alto Intérprete de la Constitución desde la STC 18/1981, de 8 de junio. Especialmente, cabe traer a colación el derecho a la presunción de inocencia que “no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el procedimiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas”, tal y como se ha pronunciado entre otras la STC 76/1990, de 26 de abril. Este derecho a la presunción de inocencia comporta que el inculpado debe considerarse como inocente mientras no haya un pronunciamiento firme en el que se declare su culpabilidad. Ello cuestionaría muy seriamente la inadmisibilidad de solicitudes cuando todavía no hay una decisión que resuelva el procedimiento sancionador. Por tanto, la mera concurrencia de un procedimiento sancionador no puede servir de base para considerar culpable en otro procedimiento administrativo al inculpado ya que de otra forma estaríamos ante una clara infracción del derecho a la presunción de inocencia. Se podría alegar en contra de esta argumentación que el procedimiento administrativo sobre el que se produce la inadmisión de la solicitud no es estrictamente sancionador aunque tome en consideración la existencia de un procedimiento administrativo sancionador existente. Cabe señalar, sin embargo, que la jurisprudencia viene reconociendo la aplicación de las garantías previstas en el artículo 24.2 de la CE a procedimientos que si bien no son estrictamente sancionadores tienen una estrecha vinculación con los mismos⁸. En el caso que tratamos la inadmisión de la solicitud depende directamente de su consideración como inculpado en un procedimiento sancionador.

La existencia de una orden de expulsión, que en principio puede considerarse ejecutiva al agotar la vía administrativa, no obsta a que la misma sea objeto de recurso administrativo. En este punto, una posible solución sería la admisión de la solicitud como presentada en plazo y la suspensión del procedimiento mientras se resuelve el recurso.

La causa de inadmisibilidad prevista en el supuesto 8 (el no presentar personalmente la solicitud) no se refiere, en cambio, a la situación administrativa del extranjero, sino al incumplimiento de una carga que le impone la nueva disposición adicional tercera que también ha introducido la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Se trata de examinar en el presente caso si la causa prevista legalmente puede ser proporcionada a la consecuencia jurídica que se impone que es la inadmisibilidad y si se basa en valores o bienes constitucionalmente relevantes.

La exigencia de que la solicitud se realice personalmente se fundamenta, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2003, en las siguientes razones:

Finalmente, las nuevas disposiciones adicionales que se incorporan a la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, van dirigidas, por un lado, a introducir instrumentos

(8) Sobre este extremo puede consultarse el excelente trabajo de D. MOYA MALAPEIRA: “El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Justicia administrativa* 8, julio 2000, en especial pp. 279-280.

para mejorar la gestión de los procedimientos de extranjería con el objeto de ordenar adecuadamente los flujos migratorios y evitar el uso fraudulento de aquéllos.

Para ello, se incorpora, con carácter general, la personación del interesado en la presentación de solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo, que deberán realizarse en los registros de los órganos competentes para su conocimiento.

Por tanto, la razón esgrimida por el Legislador es por un lado mejorar la gestión de los procedimientos y por otro evitar posibles usos fraudulentos. A tenor de lo que dispone la jurisprudencia constitucional no parece suficiente y proporcionado la mera invocación de la mejora del procedimiento administrativo para prevenir la inadmisibilidad. Se trata de garantizar fines constitucionalmente legítimos y protegibles como la seguridad jurídica, la celeridad procesal o los propios intereses de la parte contraria, pero entre los que no se incluyen las situaciones de privilegio de la Administración. Con relación a los posibles usos fraudulentos cabe señalar que la exigencia de comparecencia personal en la mera presentación de la solicitud no parece que altere o excluya de forma esencial tal posibilidad.

La disposición adicional tercera de la LODYLE (que ha introducido la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre) prevé la obligación de comparecencia personal del sujeto legitimado (que puede ser tanto del extranjero como del empleador) distinguiendo si se encuentra en territorio español o bien en el extranjero. En el primer caso habrá de efectuarse en los registros de los órganos competentes para su tramitación y en el segundo ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida posibilitándose excepcionalmente en este último caso la presentación por representante cuando se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento. También se exceptúan de la obligación de presentación personal: a) los supuestos de reagrupación familiar que también podrán realizarse por representante debidamente acreditado; y b) en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un convenio o acuerdo internacional.

Esta distinción entre si el sujeto legitimado se encuentra o no en territorio español puede resultar relevante. En efecto, la razón de evitar el posible uso fraudulento tendría más sentido en aquellos supuestos en que el solicitante se encuentre en territorio extranjero y solicite el correspondiente visado. La presencia del ciudadano extranjero en su país de origen deviene un requisito esencial para la obtención del visado. Así, podría pensarse en aquellos casos que el extranjero se encuentra irregularmente en territorio español y que a través de un representante incumple el deber de salir del país para solicitar el correspondiente visado. Cabe señalar que aun en este caso la exigencia de que la solicitud se presente personalmente, so pena de incurrir en inadmisibilidad, no parece suficientemente proporcionada. En efecto, ya con la reforma de la LO 8/2000 que se mantiene en la actualidad, se prevé en el artículo 25.3 de la LODYLE que:

“Reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados, conforme a lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En dicho procedimiento podrá requerirse la comparecencia personal del solicitante.”

Es más la propia disposición adicional tercera de la LODYLE viene a recordar, una vez más, que además de la presentación personal:

“En cualquier caso, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal.”

Dicho trámite de comparecencia previa que puede constituir una entrevista con el solicitante que no necesariamente debe producirse en el procedimiento puede solicitarlo el instructor en los casos en que existan indicios de que se está produciendo una situación fraudulenta. La no comparecencia supondrá un motivo por el que la Administración podrá considerar que el extranjero desiste de su solicitud, archivando el procedimiento. Contrariamente, la previsión como causa de inadmisibilidad de la no presentación personal de la solicitud parece claramente desproporcionada pues no tiene como objetivo que el instructor pueda apreciar si son o no justificados los motivos alegados. En cualquier caso, sería necesario que la Administración diera al extranjero la posibilidad de subsanar esta deficiencia permitiéndole en un plazo de quince días subsanar la correspondiente falta de comparecencia personal.

Cuando el sujeto legitimado se encuentra en territorio español la presentación personal de la solicitud aún se revela menos justificada. En efecto, la cuestión relevante en estos procedimientos administrativos como puede ser la acreditación de la permanencia en territorio español durante un determinado período de tiempo no queda acreditada en este caso con la mera presentación personal sino a través de otro tipo de documentación, como podría ser por ejemplo la certificación del padrón municipal o cualquier otro medio de prueba admisible en derecho. La necesidad de presentar personalmente la solicitud supone en estos casos una carga que no resulta proporcionada a la finalidad que pretende conseguir.

Cabe advertir que la carga de la presentación personal de las solicitudes bajo pena de inadmisión lejos de agilizar la tramitación de los procedimientos administrativos puede llegar a comportar un colapso de los registros de los órganos competentes. Elimina también la posibilidad de presentación conjunta de dichas solicitudes a través de ONG's o profesionales como abogados o gestores administrativos.

Un examen específico también merece la situación que se genera cuando el sujeto legitimado es el empleador. En estos casos, la disposición adicional tercera establece que las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial. En base a ello, la Administración interpreta que en el caso de las personas jurídicas debe comparecer personalmente el administrador o apoderado mediante poder notarial inscrito en el Registro Mercantil que debe acreditar personalmente. Tal interpretación podría comprometer gravemente el principio de antiformalismo que inspira el procedimiento administrativo.

En este ámbito quizás sea oportuno recordar qué establece la normativa de la Seguridad Social cuando en general un empresario quiere instar el alta de uno de sus trabajadores ya sea español o extranjero. A tal efecto, cabe traer a colación el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social. De acuerdo con este Reglamento se

procede una sola vez a la inscripción del empleador al cual se asigna un número de identificación a los efectos de presentación de las solicitudes de alta de sus trabajadores. Para proceder a dicha inscripción del empresario se señala que cuando sea persona jurídica “se acreditará la condición de empresario mediante escritura de constitución o certificación del registro correspondiente”⁹. En los casos en que no se presente esta documentación, la Administración concederá al empresario un plazo para su subsanación¹⁰.

Por tanto, parece más razonable que para acreditar quien “válidamente ostente la representación legal empresarial” se busquen otras vías alternativas a la acreditación mediante poder notarial inscrito en el registro mercantil como la compulsión de las actas de la sociedad previa su exhibición ante el registro administrativo del órgano competente o bien éste cree un registro de empleadores de forma similar a como acontece a efectos de la Seguridad Social.

Todas estas cuestiones llevan a requerir que tales supuestos no se puedan considerar constitucionalmente legítimas como causas de inadmisibilidad sino que, de acuerdo con el principio *pro actione*, debería en estos casos llevarse a cabo la tramitación del procedimiento a fin de obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

IV. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN GENERAL: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD BASADAS EN LA MERA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL EXTRANJERO

El establecimiento de nuevas causas de inadmisibilidad por la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, plantea según hemos visto anteriormente serios problemas de inconstitucionalidad. Debe advertirse que, bajo el pretexto de una mejora de la tramitación administrativa, se produce un serio recorte de los derechos de los extranjeros que no queda suficientemente justificado desde el plano de las exigencias constitucionales previstas en el artículo 24 de la CE.

(9) Artículo 11 del Reglamento: “Cuando el empresario sea una persona jurídica, además de la identificación de la persona natural que formula la solicitud de inscripción y el título jurídico en virtud del cual la efectúa, se acreditará la condición de empresario mediante escritura de constitución o certificación del registro correspondiente, si se tratare de sociedades que, con arreglo a la Ley, requieran inscripción; libro de actas, en el caso de comunidades de propietarios; certificado del Ministerio de Justicia e Interior o del organismo competente de la respectiva Comunidad Autónoma, en el supuesto de asociaciones o cualquier otro documento análogo, según la naturaleza y actividad de la persona jurídica de que se trate o, en su defecto, relación de los comuneros o de las personas integrantes del ente sin personalidad, expresando su nombre y apellidos, domicilio y documento nacional de identidad de cada uno de ellos. Asimismo, deberá presentarse la tarjeta de identificación establecida por el Decreto 2423/1975, de 25 de septiembre”.

(10) De acuerdo con el artículo 13.1 del Reglamento que lleva por rúbrica “Práctica de la inscripción”: “La inscripción del empresario se practicará en el propio acto de presentación de la solicitud. Si ésta no reuniera los requisitos exigidos o no se hubiesen presentado los documentos a que se refiere el artículo 11, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos de acuerdo con el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin necesidad de petición de nuevos informes ni de trámite de audiencia cuando no figuraren ni hubieren de tenerse en cuenta para la inscripción otros hechos, alegaciones o pruebas que los aducidos por el empresario”.

En efecto, la plena aplicación del derecho a la jurisdicción como derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros comporta que no puedan considerarse como constitucionalmente admisibles aquellas causas legales de inadmisibilidad que resulten desproporcionadas a la finalidad exigida, que no obedezcan a finalidades razonables de protección de bienes o intereses constitucionalmente protegidos o que no guarden la proporcionalidad adecuada a la diligencia exigible a los justiciables.

Las razones invocadas por el legislador para establecer nuevas causas de inadmisibilidad, mediante la nueva disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, no cumplen en determinadas ocasiones las exigencias derivadas de la jurisprudencia constitucional. La mera invocación de razones de eficacia administrativa y de evitación de situaciones fraudulentas no resultan suficientes por sí solas para crear

A todo ello no es óbice que se trate de un procedimiento administrativo, pues el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el derecho a la jurisdicción es de aplicación a este ámbito cuando ello suponga la práctica imposibilidad que los tribunales puedan controlar la legalidad de las actuaciones administrativas, creando zonas inmunes al control judicial.

En cualquier caso, en la aplicación de estas medidas de inadmisibilidad del procedimiento debe seguirse el principio *pro actione*, así como permitir al máximo la subsanación de los defectos que puedan observarse. Por ejemplo, si la solicitud no se realizó personalmente debe darse un período de diez días para la subsanación y mejora de la solicitud de acuerdo con el artículo 71 de la LRJPAC.

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
Presidente de la Sala Contencioso-Administrativa
TSJ Cantabria

IV

Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España

SUMARIO

I. La dualidad de normas sancionadoras y la opción preferente.

II. Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria.

III. La concesión de permisos por cuenta propia y la actividad de venta ambulante.

IV. La renovación de los permisos y la necesidad de acreditar la continuidad en la prestación de servicios.

V. Las decisiones de la Administración y su impugnación jurisdiccional en materia de aplicación del contingente 2002.

VI. Las medidas cautelares y en especial sobre la ejecutividad de los actos administrativos en materia de extranjería.

VII. Los efectos de la falta de permiso sobre el contrato de trabajo.

VIII. Los extranjeros y los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social.

I. LA DUALIDAD DE NORMAS SANCIONADORAS Y LA OPCIÓN PREFERENTE

Uno de los principales problemas que se plantean al afrontar el estudio de las infracciones en materia de extranjería, es el hecho de que determinadas conductas tipificadas por la LISOS, por ejemplo la utilización de mano de obra extranjera sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo (artículo 37.1), resultan igualmente sancionadas por la LOEX.

Debe resolverse así el problema de la compatibilidad entre el régimen de infracciones vigente en la LOEX, con las infracciones previstas en la LISOS.

La solución podría ser doble: de un lado, podría sostenerse que, dado que se trata de sancionar idénticos hechos, la Administración debería optar por aplicar uno u otro cuerpo sancionador, supuesto en el que, por aplicación del principio de *lex posterior* y de especialidad, parece que debería aplicarse la Ley de Extranjería; o bien, considerar que ambas sanciones resultan compatibles y que su imposición conjunta no afecta a la prohibición del *bis in idem*, en aplicación de la doctrina del TC según la cual, ese principio no se infringe cuando las sanciones se imponen en virtud de dos normas diferentes y la normativa que la impone pueda justificarse por contemplar los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar.

La cuestión ha sido afrontada, con opción por esta segunda solución, por la STSJ de Madrid de 10 de octubre de 1997, que tras recordar que: “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y fundamento”, afirma que “la existencia de una dualidad de procedimientos en sendas Administraciones diferentes no representa violación alguna de este principio si, tratándose de los mismos hechos, tales procedimientos son consecuencia de la aplicación de normas diferentes, de inexcusable acatamiento para cada órgano”, para concluir señalando que “en efecto, la sanción impuesta en el orden laboral por la contratación ilegal de trabajadores responde a la tutela del bien jurídico consistente en los derechos de los trabajadores y, más concretamente, en el interés social en que se respeten unas condiciones mínimas en la relación laboral. Por su parte, la sanción de expulsión responde a la tutela de intereses distintos y concretamente, al de la seguridad pública inscrito en la normativa de extranjería que determina la expulsión de aquellos ciudadanos extranjeros que aprovechen la autorización de estancia en nuestro país para realizar actividades ilegales. Dado que no existe un derecho fundamental por parte de los ciudadanos extranjeros a residir en nuestro país, como sí lo tienen los españoles, el legislador puede prever, como defensa de la seguridad pública, que la realización de actividades ilegales por parte de los ciudadanos extranjeros determine la revocación de la autorización concedida para residir en España y la consiguiente expulsión”.

Sin embargo y pese al criterio precedentemente expuesto, es lo cierto que, esencialmente en la materia de las infracciones relativas al permiso de trabajo de extranjeros, los problemas interpretativos son frecuentes, máxime tras el nuevo régimen sancionador establecido en la LOEX, y, consiguientemente, se impone buscar soluciones armonizadoras que hagan posible la aplicación de los tipos infractores contenidos en la citada ley, sin perjuicio de acudir a la LISOS para aquellos supuestos no previstos o tipificados en la ley especial.

En todo caso, puede afirmarse que la reforma llevada a cabo en la Ley de Extranjería por la Ley 8/2000 sirvió tanto desde el punto de vista de los tipos sancionadores, como desde la perspectiva procedimental, para dibujar un nuevo régimen jurídico que introduciendo claridad, aporte un mayor grado de seguridad jurídica imprescindible en materia sancionadora.

Una prueba de esta nueva tendencia la encontramos en la Instrucción 101/2001, dictada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo, en la que se establece que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2000, las infracciones que se comprueben por la Inspección de Trabajo en

Problemas actuales en la jurisprudencia

IV

materia de trabajo de extranjeros, serán perseguidas aplicando los tipos de los artículos 52.c) y 53.b) de dicha Ley, cuando se trata de trabajadores por cuenta propia y el 54.1.d) cuando se trate de empresarios que contraten trabajadores por cuenta ajena sin permiso de trabajo.

Igualmente, en los supuestos de intervención de la Inspección de Trabajo, el artículo 92.3 del RLOEx, remite en cuanto a los aspectos procedimentales a la LOITSS, la LISOS y, en fin, el RPS.

En definitiva puede sostenerse que en materia de infracciones relativas al trabajo de extranjeros en España, de los dos bienes jurídicos que se ponen en cuestión, de un lado la protección del empleo y el respeto de las condiciones de trabajo y, de otro, la lucha contra la inmigración ilegal, el legislador ha preferido poner el acento en este último aspecto.

II. EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN EN MATERIA DE EXPULSIÓN COMO MEDIDA ALTERNATIVA A LA SANCIÓN PECUNIARIA

Según el artículo 57.1 de la LOEx, en los casos de infracciones muy graves o graves de las previstas en el apartado a) del artículo 53, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

El debate que a mi juicio debe plantearse es el de la aplicación en estos supuestos del principio de proporcionalidad que debe imperar en toda resolución sancionadora.

La respuesta que debamos dar a esta cuestión ha de responder a la naturaleza jurídica que atribuyamos a la medida de expulsión.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de abril de 1997, afirmó que:

“En este orden de ideas la expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero por no hallarse legalmente en territorio español no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España (artículo 13.1 en relación con el 19 de la Norma Fundamental).”

A pesar de tan clara doctrina, la nueva Ley sitúa claramente la expulsión dentro del título III, bajo la rúbrica “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, al tiempo que aplica a tal medida instituciones típicas del derecho sancionador como la prescripción de las infracciones y sanciones en el artículo 52.2, o la reincidencia en el artículo 53.2, de lo que puede deducirse el verdadero carácter sancionador de la medida de expulsión y consecuentemente la aplicación a tales supuestos de los principios generales de la potestad sancionadora recogidos en los artículos 127 y ss. de la LRJPAC.

Resulta consecuentemente aplicable al supuesto de expulsión de extranjeros, el principio de graduación y proporcionalidad en la imposición de las sanciones, criterio que encuentra su expresión en el propio artículo 55.3 de la Ley, cuando establece que “Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valo-

rando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia”.

La fórmula de control judicial de la proporcionalidad en la imposición de las sanciones, viene condicionada por una especial exigencia del requisito de la motivación, de forma tal que resulta exigible que la Administración exteriorice los motivos por los que ha optado por adoptar una de las soluciones de entre las varias posibles, esto es, debe la Administración motivar por qué decide optar por la medida de expulsión en lugar de la sanción pecuniaria, no resultando de recibo, la reiterada alegación de la frecuente falta de medios económicos de los extranjeros para hacer frente a las sanciones pecuniarias.

En definitiva, en los supuestos en los que la Administración impone directamente la medida de expulsión, sin exteriorizar o motivar las razones de su decisión, procede imponer la sanción menos afflictiva y perjudicial para los intereses del perjudicado, esto es, la sanción de multa.

Justo es reconocer que esta postura no resulta ser la mayoritaria en las resoluciones de los diferentes Tribunales, pudiendo afirmarse que las distintas Salas que se han enfrentado al problema del cumplimiento por la Administración de la cuestión referente al cumplimiento del principio de proporcionalidad, han optado por la respuesta positiva.

La STSJ Madrid 27-6-2002, afirma que:

“Partiendo, en consecuencia, de que la sanción de expulsión establecida por el Legislador con carácter general para estos supuestos respeta el principio de proporcionalidad, la impugnación del recurrente debe ceñirse a la falta de proporcionalidad de la imposición de esta sanción en su caso específico. Pero lo cierto es que el recurrente no acredita circunstancia excepcional alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevenida con carácter general por el Legislador como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa. Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por el Legislador.

En consecuencia, debe concluirse que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal. La Administración puede legítimamente imponer esta sanción, dentro de las opciones prevenidas legalmente, ya que es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado. Incumbe a la parte actora, que impugna la sanción por falta de proporcionalidad, acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que concurran en su caso concreto y que puedan determinar excepcionalmente tal desproporción. No habiéndolo hecho en el caso actual, procede desestimar el recurso.”

Esta sentencia, a mi juicio, altera claramente la posición de las partes en materia sancionadora, en cuanto hace gravitar sobre el sancionado la carga de acreditar los elementos que hacen la sanción desproporcionada, cuando, lo lógico, sería exigir a la Administración la motivación y la acreditación de todos y cada uno de los elementos en que descansa la sanción impuesta.

Por su parte la STSJ de Murcia de 29 de noviembre de 2002, se limita a establecer que “La sanción de expulsión no vulnera el principio de proporcionalidad, pues la Administración está autorizada a imponerla de acuerdo con la dicción del artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”, cuestión, ésta, sobre la que nadie plantea debate alguno, dado que no se trata de establecer si la sanción está o no prevista legalmente, sino de resolver si la elección de la Administración debe o no estar motivada, esto es, el debate no se sitúa en términos de legalidad y tipicidad, sino en términos de proporcionalidad y motivación.

En parecidos términos se pronuncia la STSJ de Castilla La Mancha de 7 de octubre de 2002, cuando afirma que “La segunda cuestión que vuelve a plantear el recurrente es la relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, cual es la expulsión de la parte apelante del territorio español. En este sentido, la racionalización de la decisión judicial del Tribunal *a quo* ha de considerarse igualmente y jurídicamente correcta, pues dándose el supuesto prescrito en el artículo 53.a) de la LO 4/2000, se ha de admitir que la Administración en el curso de la legislación aplicable, pueda imponer la medida de expulsión al infractor, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, posibilidad discrecional que se encontraría avalada por su permanencia prolongada en España sin ningún tipo de regularización y sin prueba alguna de las circunstancias que puedan justificar su arraigo...”, debiendo destacar como, para esta Sala, la Administración al resolver está haciendo uso de una facultad discrecional, conclusión que con resultar discutible, no relevaría a la Administración de motivar su decisión, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 54.1.f) de la LRJPAC.

Por último, la STSJ del País Vasco de 31 de mayo de 2002, parece sostener el criterio de la motivación en la imposición de la sanción, si bien, asume la tarea de indagar en la misma, en lugar de exigir su exteriorización por la Administración. En efecto, la referida sentencia establece que:

“Obtenido este primer presupuesto, definidor del factor de la proporcionalidad que atiende a las circunstancias que determinan un suficiente grado de antijuricidad en la acción individual de la persona imputada, el precepto obliga a atender equilibradamente al segundo orden de factores referido al grado de frustración en el fin protector perseguido por la norma sancionadora. El precepto consigna para ello una primera referencia estrictamente material al daño producido en el bien jurídico objeto de protección; a ella se añade un segundo elemento en el que se contempla la posible puesta en riesgo del bien jurídico considerado por efecto de la infracción; y finalmente, se recoge como factor más abstracto la trascendencia de la infracción para la finalidad perseguida por la regulación del régimen de extranjería.

La aplicación de los anteriores factores al supuesto de autos, lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada no ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión ya que: a) Atendiendo a la posición individual del extranjero recurrente, el hecho constitutivo de la infracción grave denota un considerable grado de antijuricidad, predicable de quien, como D. Haque, conocedor de la ineludible obligación de contar con la pertinente documentación habilitante, en el momento de la comisión de la infracción carecía de pasaporte. b) Atendiendo a la perspectiva de la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, estancia y salida del territorio español de las personas extranjeras, la acción cometida por el recurrente tiene una notable trascendencia en la medida en la que frustra la finalidad de acreditación de la identidad que se cumple mediante la exhibición del pasaporte.”

Esta indagación en los motivos de la Administración para optar por la sanción de expulsión, con resultar digna de alabanza, olvida que el fundamento de la motivación se encuentra no sólo en el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa, de forma tal que ese sometimiento exige la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la Ley y del derecho a la igual protección jurídica, sino que, independientemente de estas funciones, la motivación cumple una segunda finalidad que es dar a conocer al administrado el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa, finalidad que no se cumple en el caso comentado, por mucho que la Sala realice el trabajo de indagar en la motivación, dado que tal indagación debe realizarse y exteriorizarse por la Administración, con el fin de lograr un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del interesado.

III. LA CONCESIÓN DE PERMISOS POR CUENTA PROPIA Y LA ACTIVIDAD DE VENTA AMBULANTE

En materia de concesión de permisos de trabajo por cuenta propia, suelen resultar frecuentes los supuestos de denegación aplicando el artículo 70.2.a) del RELOEx, cuando señala que se tomará en consideración la “Incidencia de la actividad a realizar en la creación de empleo, aportación de capital, nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción”, esencialmente en los múltiples casos de solicitud para la actividad de venta ambulante, debiendo tener presentes los conceptos de “suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo” a que se refiere el artículo 37 de la Ley 14/2003.

Esta cuestión ha sido resuelta por la reciente Sentencia del TS de fecha 20 de diciembre de 2002, modificando el criterio sentado anteriormente por la misma Sala.

La sentencia reconoce que ha existido un cambio de orientación jurisprudencial que ha pasado de considerar la venta ambulante como una actividad residual, a otra postura más reciente que se manifiesta en el sentido de que la venta ambulante puede entenderse, en determinadas circunstancias, como actividad comercial que podría servir para cumplimentar el requisito de contar con un proyecto permanente y viable de actividad por cuenta propia.

Así se afirma que “En efecto, en las fechas de las sentencias citadas por el representante procesal de la Administración, esta Sala venía considerando, aunque de forma casuística (según las circunstancias concurrentes en cada caso) que la venta ambulante era actividad marginal sin incidencia favorable en la economía nacional (Cfr. SSTs 31 de mayo de 1995 y 27 de mayo de 1997). Pero, con antecedentes en 1998 (Cfr. STS 12 de enero de 1998), a partir, sobre de todo, de 1999, esta Sala entiende que la venta ambulante encaja de modo pleno en el concepto de actividad lucrativa continuada no ya en una interpretación flexible y favorable a la regularización de la situación

Problemas actuales en la jurisprudencia

IV

de los extranjeros afectados, sino en una mera interpretación literal, el lucro –que tanto quiere decir como beneficio, ganancia, agio o utilidad– incluye no sólo el beneficio económico superfluo, sino también, y quizás con mayor propiedad, la ganancia de medios indispensables para la subsistencia de quien realiza la actividad lucrativa. Esto es, la actividad con cuyo ejercicio el recurrente podría ganarse la vida y obtener medios económicos para residir en España en una actividad lucrativa (Cfr. SSTs 29 de junio, 30 de septiembre y 26 de octubre de 1999, 19 de marzo de 2001). Y, aun más recientemente y de manera más concreta y circunstanciada, hemos reiterado que “la venta ambulante, cuando se acredita en forma que permite la subsistencia del interesado, es una actividad lucrativa continuada, a los efectos de integrar las exigencias del acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de la estancia de extranjeros en España” (STS 17 de septiembre de 2002).”

En este sentido la STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2003, tras recordar la doctrina anteriormente reseñada, señala que:

“Sin embargo, tal y como indica la mencionada sentencia, no basta con la mera declaración del solicitante de su propósito de ejercer la venta ambulante, sino que es igualmente preciso que acredite las circunstancias en que la misma va a realizarse y los medios materiales y humanos con los que cuenta para poder cumplir la exigencia de que va a proporcionar medios de vida suficientes para subvenir a las necesidades del peticionario del permiso, y sólo así podrá otorgarse éste (...). Nada de esto acaece en el supuesto de autos, en el que la recurrente se limita a indicar que pretende dedicarse a la venta ambulante, sin acompañar la documentación necesaria que acredite el sector de actividad en el que la misma va a desarrollarse, ámbito geográfico, vehículos u otros medios con los que cuente para llevar a cabo la misma, en suma, los elementos necesarios para probar que dicha actividad es viable y puede constituir su medio de vida.

Es por ello que el permiso de trabajo debe denegarse, sin que sean de recibo las alegaciones de la actora en el sentido de que no fue requerida por la Administración para completar o subsanar la falta de documentos que en su momento debiera haber aportado, ya que no nos encontramos ante un problema de insuficiencia documental subsanable, sino que pura y simplemente no se han probado los hechos constitutivos que sustentan la petición que está vacía absolutamente de contenido material, al indicar tan sólo que la actora pretende, sin ningún dato adicional, dedicarse a la venta ambulante.”

En definitiva, si bien la actividad de venta ambulante no puede considerarse como una actividad de carácter marginal, ello no es óbice para que el solicitante de la autorización por cuenta propia deba acreditar las circunstancias en que la misma va a realizarse y los medios materiales y humanos con los que cuenta.

IV. LA RENOVACIÓN DE LOS PERMISOS Y LA NECESIDAD DE ACREDITAR LA CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Según el artículo 72.2 del RD 864/2001, de 20 de julio “Para la renovación de los permisos de trabajo por cuenta propia se tendrá en consideración el cumplimiento por parte del trabajador,

como sujeto responsable, de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social inherentes al ejercicio de la actividad económica de que se trate, así como la continuidad en el ejercicio de la actividad”.

Por su parte el n.º 3 del citado artículo señala que:

“Tratándose de un permiso de trabajo por cuenta ajena, éste se renovará a su expiración, si se acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar.

También procederá la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena cuando, aunque no subsista la relación laboral anterior, el trabajador haya suscrito un contrato de trabajo con nuevo empresario o empleador y figure en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

En el caso de contar con una nueva oferta de empleo, se deberá acreditar la realización habitual de actividad laboral en el período de vigencia del permiso que se solicita renovar, figurando en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.”

Consecuentemente, al tiempo de proceder a la renovación del permiso de trabajo se debe acreditar, como requisito indispensable, que el solicitante ha desempeñado una actividad laboral de forma regular y estable durante la vigencia del permiso anterior, pues tal condición permite apreciar la veracidad y continuidad de las circunstancias laborales que motivaron la anterior concesión del permiso cuya renovación se pretende.

Esta cuestión plantea algunos problemas. Desde el punto de vista interpretativo, se hace referencia a la continuidad de la relación laboral desarrollada, a la habitualidad de la misma. Con el fin de valorar esta habitualidad se deben tomar en consideración tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad en donde lo desempeña (coyuntura socio laboral, tipo de trabajo desempeñado, estabilidad en el empleo del sector etc.), de modo que no se convierta en una exigencia de plena ocupación por encima de las circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país o del tipo de contratos que se realizan.

La propia Administración ha sido consciente de la necesidad de esta interpretación y así en Circular de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, se señala que este requisito no debe ser entendido “como una obligación exhaustiva de realizar una actividad continuada e ininterrumpida durante toda la vigencia del permiso” y que “en la renovación, la autoridad laboral tendrá en cuenta las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y exigirá solamente la justificación de la realización de la actividad correspondiente, en relación con la ocupación de un trabajador español en las mismas circunstancias”, para continuar afirmando que “A título orientativo, se puede partir de un período mínimo para estimar que ha existido una ocupación estable durante la vigencia del permiso anterior, que, según el sector de actividad de que se trate, puede cifrarse entre cuatro y seis meses”.

Este criterio, por lo demás ha sido acogido en la STS 15-VII-2003 (Sala 3ª), al afirmar:

“En el presente caso el recurrente estuvo desempeñando una actividad laboral durante un período de 5 meses, intentando inmediatamente conseguir un nuevo empleo, inscribiéndose en la oficina de

desempleo, actividad que fructificó en la obtención de una nueva oferta laboral. Tales circunstancias, ponen de manifiesto, a juicio de este tribunal, y tomando en consideración los propios criterios orientadores de la Administración la existencia de una ocupación estable durante el permiso anterior, pues aun cuando ésta no ha sido permanente también hay que tomar en consideración la gran movilidad que existe en el sector de la construcción y la actividad desplegada por el recurrente para continuar trabajando.”

Desde el punto de vista probatorio, el problema surge en los múltiples supuestos en los que si bien el titular del permiso ha realizado con habitualidad su actividad laboral, no puede acreditarse tal circunstancia por la existencia de incumplimientos empresariales en la obligación de mantener al trabajador en alta en la Seguridad Social, lo que obligaría al trabajador a iniciar un procedimiento para la constatación de tal circunstancia, mediante la oportuna denuncia ante la Inspección de Trabajo.

V. LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL EN MATERIA DE APLICACIÓN DEL CONTINGENTE 2002

Con independencia, pero en directa aplicación de lo dispuesto en el punto noveno de la resolución de fecha 11 de enero de 2002, relativo a la concurrencia de procedimientos, la Administración procedió a dictar la Circular n.º 1/2002, de 16 de enero, emanada del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, referida a las “Instrucciones Generales sobre el Contingente de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para el año 2002 y el procedimiento para su cobertura”. En la referida circular, se afirma que

“En aplicación de lo establecido en el artículo 70.1.1.a) del Reglamento, las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado «régimen general» presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, que no puedan cubrirse a través del contingente 2002 ni a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, podrán ser denegadas durante su vigencia, por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo, ya que el Acuerdo del contingente 2002 al fijar el número de trabajadores extranjeros ya ha tenido en cuenta tanto las necesidades de mano de obra expresadas como la situación nacional de empleo.”

Por otra parte se establecía que

“En aplicación de lo establecido en el apartado Noveno, Punto 3, del Acuerdo, las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado régimen general, presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, serán inadmitidas a trámite por considerar que se presentan según un procedimiento inadecuado.”

En definitiva la tesis de la Administración se sintetiza en considerar que si el contingente se elabora teniendo en cuenta la situación nacional del empleo y dicho parámetro ha de ser tenido en cuenta en el momento de la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena, tal y como dispone el artículo 38.1 de la referida Ley, la inexistencia de previsión del contingente, determi-

na la existencia de trabajadores nacionales que pueden ocupar el puesto ofertado y consecuentemente justificar la desestimación del permiso de trabajo solicitado.

En el caso de las resoluciones de inadmisión, su fundamento debía buscarse en lo previsto en el artículo 84.6 del RELOEx, cuando autoriza a la autoridad competente a inadmitir a trámite las solicitudes de permiso de trabajo, cuando la misma se presente “utilizando procedimientos inadecuados, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento”.

Acerca del contenido de la Circular, conviene empezar por matizar que la misma no puede modificar o derogar una disposición de rango superior, ni puede vincular a los Tribunales de Justicia la interpretación en ella contenida, pues ello sería tanto como dejar al arbitrio de la Administración modificar las leyes bajo el subterfugio de introducción de criterios interpretativos que van más allá del tenor expreso y terminante de la propia Ley que se pretende interpretar. Tal limitación, se ve corroborada por lo dispuesto en el artículo 21 párrafo segundo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al establecer que el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pudiera incurrir.

En efecto, como afirma la STS de 16 de noviembre de 1999, la Circular “no es una disposición reglamentaria, una disposición de naturaleza normativa, puesto que (...) su naturaleza no es otra que la de simple acto administrativo de carácter general que en ningún caso alcanza la vertiente normativa”.

Respecto de las resoluciones de inadmisión, desde una perspectiva puramente procedimental, tal decisión constituía una quiebra importante de principios básicos del procedimiento administrativo en el seno de la extranjería. En efecto, el artículo 20.2 de la LOEx señala que “Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo...”.

De una parte la LRJPAC regula en el artículo 71 en materia de iniciación del procedimiento a solicitud del interesado, la institución de la subsanación y mejora de la solicitud, de forma tal que, si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos anteriormente señalados o, en su caso, los que sean de aplicación de acuerdo con la legislación específica aplicable a cada uno de los procedimientos, deberá requerir al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane los defectos advertidos o acompañe aquellos documentos que siendo preceptivos no hayan sido incorporados a la solicitud, con indicación de que, en otro caso, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite. Este plazo podrá ser ampliado hasta cinco días, siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva y a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

Por otra parte y al margen del trámite de subsanación, la Administración puede requerir al solicitante la mejora de la solicitud, mediante la modificación y mejora voluntaria de los términos en que fue redactada.

Igualmente, la decisión de inadmitir, podía considerarse que violaba el contenido del artículo 89.3 de la LRJPAC, cuando señala que

“En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento...”

La cuestión referente a las resoluciones de inadmisión ha quedado resuelta, a la vista del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de marzo de 2003, por la que, entre otros, se declara la nulidad del referido apartado 6 del artículo 84 del RELOEx, afirmando textualmente que:

“En lo que se refiere al apartado 6 de precepto impugnado la referencia a procedimiento debe entenderse hecha a los preceptos contenidos en la sección quinta del capítulo III entre los que se encuentran los relativos a «documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación» (artículo 81) y al lugar y forma de la presentación (artículo 82). Por tanto, de la dicción del artículo 84.6 cuya nulidad se pretende resulta que la omisión de alguno de los documentos comprendidos en el artículo 81 citado, cual sería el caso de presentar sólo dos fotografías en lugar de tres [artículo 81.1.1.b)], acarrearía la inadmisión de la solicitud, lo que resulta contrario al mandato legal contenido en el artículo 71 de la LRJAP y PAC que establece que si la solicitud de iniciación del procedimiento administrativo no reúne los requisitos señalados en el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, «se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite...»

Como quiera que la Ley 30/1992 es aplicable a todas las Administraciones públicas y a ella habrán de adecuarse todos los procedimientos administrativos, es claro que lo dispuesto en el artículo 84.6 del Reglamento es contrario al artículo 71 de la Ley 30/1992 transcrito y por tanto debe ser anulado al no permitir la subsanación de defectos en los términos establecidos en la Ley.”

La Ley Orgánica 14/2003, ha procedido a introducir una disposición adicional cuarta, en la que se regulan los supuestos de inadmisión a trámite de las solicitudes, modificación que, entre otras motivaciones, trata de ajustar la norma a la sentencia citada.

Respecto de las resoluciones que proceden a denegar el permiso de trabajo solicitado, varias son las sentencias que han abordado la cuestión, debiendo realizar, con carácter previo a su comentario, dos matizaciones, de un lado lo llamativo que resulta que un mismo asunto sea conocido por órganos judiciales colegiados o unipersonales dependiendo del territorio, lo que revela la necesidad de clarificar la atribución competencial en materia de extranjería, cuestión que se ha abordado en la reciente reforma de la LOPJ, de otro, que pese a que los razonamientos de estas resoluciones son diferentes, subyace en todas ellas una consideración única, en cuanto se desprende la ilegalidad de las previsiones que en materia de procedimientos se contienen en el acuerdo de aprobación del contingente para 2002.

La STSJ de Cantabria de 21 de febrero de 2003, analiza la postura de la Administración, considerándola contraria al ordenamiento jurídico y señalando como razones para su declaración de nulidad las siguientes:

“A) De sostenerse la tesis de la Administración se hace difícil entender la regulación que de la gestión de las ofertas de empleo realiza el artículo 71 del Reglamento, por cuanto no sería necesaria la certificación a que la misma se refiere, bastando con examinar las previsiones del contingente, al tiempo que se certificaría si, caso de existir previsión específica, la misma ha sido ya completada.

B) En segundo lugar, la tesis de la Administración debe rechazarse por irreal dado que no se compadece sostener la existencia de trabajadores nacionales que pudieran aceptar la oferta, con el resultado negativo de la certificación emitida por el INEM. Podría frente a tal afirmación alegarse que la certificación emitida no despliega sus efectos o examina la situación en la totalidad del territorio nacional, si bien es lo cierto que tal defecto, de existir, sólo sería achacable a la propia Administración, resultando de aplicación la doctrina jurisprudencial que ha venido considerando que la omisión de la certificación no puede servir de base a denegación del permiso, cuando la misma había sido solicitada (STS de 23 de marzo de 1998).

C) En tercer lugar tal tesis, supondría mezclar dos sistemas diferenciados de acceso al empleo, dado que los parámetros utilizados para la realización del contingente, tienen en cuenta que el mismo tiene como finalidad el regular los flujos migratorios desde el exterior a España o, en muchos casos, servir como vía de regularización de extranjeros en situación irregular, pero no contempla la existencia de extranjeros en situación regular en España, a los que se dirigen este tipo de ofertas nominativas. En efecto, la aplicación de este instrumento responde a la necesidad de regular la llegada de inmigrantes a nuestro país de forma gradual, y tomar la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad. Dicho contingente se abre y amplía en aquellos sectores de actividad donde se encuentran las demandas que no son atendidas por el mercado de trabajo nacional a pesar de la existencia de desempleo, permitiendo la normalización de la actividad laboral desarrollada por trabajadores extranjeros en estos sectores y garantizando la preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera legalmente residente en nuestro país.

D) Por último, la propia Circular se redacta en términos menos imperativos que los aplicados por la Administración en el presente caso, pues sólo señala que los permisos «podrán» denegarse, siendo lo cierto que la aplicación de este criterio de denegación está siendo aplicado de forma generalizada, tal y como se deduce de los diversos procedimientos pendientes de resolución ante esta Sala.”

Esta sentencia, a diferencia de los supuestos de resoluciones de inadmisión, en las que se ordena la retroacción del procedimiento, procede a conceder el permiso de trabajo solicitado, dado que no concurre la única causa de desestimación o denegación alegada por la Administración, siendo así que habiéndose tramitado el procedimiento, la sala se encontraba en disposición de adoptar una resolución sobre el fondo, sin que le sea admisible a dicha administración tratar de introducir en vía jurisdiccional argumentos no esgrimidos ni recogidos en la resolución administrativa. Si la autorización administrativa puede definirse, en un concepto actual como un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente, habrá de convenirse que corresponde a la Administración explicitar las causas de denegación de tal autorización, entendiéndose que, la falta de tal mención resulta equivalente a la inexistencia de obstáculos para su concesión.

Por su parte la STSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2003, afronta el problema desde la perspectiva de la alegación formulada en solicitud de declaración de nulidad radical del acto recurrido, en cuanto el mismo se ha adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento

legalmente establecido, esto es, el procedimiento regulado en la sección quinta del capítulo tercero del RELOEx.

Para la sentencia, la invocación de las reglas propias de la concurrencia de procedimientos no resulta posible dado que “en el supuesto contemplado no se produce concurrencia alguna entre el procedimiento establecido en los artículos 80 a 87 del Real Decreto 864/2001 y los procedimientos establecidos para resolver sobre las ofertas de trabajo atinentes al contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios” y ello porque no resulta de aplicación lo previsto en el apartado noveno de la resolución de 21 de diciembre de 2001 “toda vez que se trata de una oferta de empleo dirigida a atender una necesidad real de mano de obra extranjera (como se acredita mediante la certificación expedida por la Oficina de Empleo del INEM) que se efectúa para un centro de trabajo situado en el Territorio Histórico de Bizkaia en el que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 no asigna ninguno de los empleos previstos en el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios”, concluyendo que la declaración de nulidad de pleno derecho “confiere el derecho a que la solicitud sea tramitada en un procedimiento administrativo instruido de conformidad con las prescripciones del artículo 83 del Real Decreto 864/2001”.

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Alicante, procede igualmente a declarar la nulidad del acto de denegación del permiso de trabajo. La citada resolución, tras considerar que la referencia a la situación nacional del empleo en relación con el contenido del acuerdo fijando el contingente anual cubre el requisito de la motivación exigible a los actos administrativos por el artículo 54 de la LRJPAC, entra a relatar la evolución del contingente y el contenido del acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, para concluir de su contenido “que declara su vocación de derogar por vía de instrucción las disposiciones legales y reglamentarias para sustanciar las solicitudes tradicionalmente reconducibles a lo que en la práctica forense se denominaba «régimen general», por contraposición a los regímenes especiales (contingente o regularización), lo que, de entrada, es incompatible con el principio de jerarquía normativa y el de inderogabilidad singular de las disposiciones generales”.

No obstante, concluye que tal derogación no se ha operado en su totalidad, porque si en los casos de ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera, que no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en el mismo, o porque se haya agotado el contingente establecido para dicho sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia, y que no puedan cubrirse por los Servicios Públicos de Empleo por carecer de demandantes disponibles, tales ofertas deben gestionarse a través del procedimiento fijado en el Acuerdo, cuando se formule propuesta a este respecto por los Servicios Públicos de Empleo, debe concluirse que “En consecuencia *a sensu contrario*, no se tramitarán a través del acuerdo las solicitudes de las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera en los casos citados, cuando no haya tal propuesta de los servicios de empleo. En este caso tales propuestas necesariamente se reconducirán al procedimiento general, precisamente porque así lo dispone el acuerdo...”

Por fin la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valencia, tras realizar un recorrido por las distintas normas reguladoras del permiso de trabajo, concluye que:

“Encontramos pues, en la Ley y en el Reglamento, tres modalidades de solicitud de permiso de trabajo y residencia, el que puede efectuar cualquier empresario o el propio extranjero mediante una oferta nominativa de empleo con las condiciones que exige el reglamento, con independencia de que el extranjero sea residente o no en España (artículo 83.4 del reglamento), la correspondiente al Contingente regulado por la Ley 4/2000 y por el Reglamento que establece puestos de trabajo que sólo se ofrecen a los extranjeros, que no se hallen ni residan en España y una tercera posibilidad prevista en el artículo 70.11.3 del Reglamento, las propuestas de los Servicios de Empleo que completarán la fijación del contingente de trabajadores extranjeros, a que se refiere el artículo 65 del Reglamento.”

Para esta sentencia, en línea con las anteriores, el acuerdo ha unificado el procedimiento para la obtención del permiso de trabajo. En efecto se señala que:

“En consecuencia, los apartados segundo y tercero del punto Noveno del Acuerdo de Consejo de Ministros, modifican el RD 864/2001, en concreto los artículos 65.10 y 11 y 70.1.1.3, dejando sin efecto las normas generales del procedimiento establecido en la sección 5ª capítulo II, conforme a las cuales el extranjero que se encontraba en España podía hasta el 14 de enero de 2002 que entró en vigor el Acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar permiso de trabajo y residencia de acuerdo con lo previsto en los artículos 80, 83.6 y 81.1, que regulaban los sujetos legitimados y la documentación exigida.

Convierten, en única forma de procedimiento para acceder a la autorización de permiso de trabajo y residencia, el procedimiento del Contingente, al que únicamente pueden acceder los extranjeros que no se hallen en España y elimina la especialidad del procedimiento previsto en el artículo 70.1.1.3, la llamada propuesta de los Servicios especiales subsumiéndolo, en el procedimiento del Contingente, estableciendo éste, como único cauce procedimental obligatorio para todas las solicitudes de trabajo cualquiera que sea la oferta de empleo, de que se trate.”

Como conclusión se afirma que

“Lo razonado en los fundamentos de derecho anteriores lleva a la consideración de que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por ser contraria a la Ley 4/2000 y al Reglamento, así como al artículo 89.4 de la Ley 30/1992 al no tramitar la solicitud de trabajo presentada por el recurrente conforme a las normas y procedimiento que en ellas se dispone, procedimiento adecuado a la solicitud presentada por el interesado, no resultando por el contrario de aplicación el artículo 84 del Reglamento, al no ser inadecuado el procedimiento seguido de acuerdo con lo establecido precisamente en ese reglamento, tal y como exige el punto 6 de esta norma.

El artículo 6 de la LOPJ dispone que los jueces y tribunales, no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa, considerando la que resuelve contrario a derecho el Acuerdo del Consejo de Ministros aplicado en la resolución recurrida, por lo que de conformidad con el artículo 27.1 de la LRJCA, firme que sea esta sentencia, deberá plantear cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros.”

VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EN ESPECIAL SOBRE LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

El artículo 34 de la Ley de 1985, establecía que: “En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”. El mencionado precepto fue declarado inconstitucional por la STC 115/1987, de 7 de julio.

La nueva regulación resulta clara al señalar en el artículo 21.2 que “El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente”, procedimiento regulado en el artículo 63 de la Ley. Por su parte el artículo 65.1, establece igual régimen para la ejecutividad de las sanciones.

Habrà de acudirse consiguientemente a la Ley de la Jurisdicción para dilucidar los supuestos en los que es posible adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.

El artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción dispone la adopción de la medida cautelar, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, denegándose aquélla cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, ponderados de forma circunstanciada por el Juez.

Sin ánimo de ser exhaustivo, puede afirmarse que el descanso de la decisión jurisdiccional acerca de la adopción o no de la medida de suspensión interesada por la parte recurrente en el criterio de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, caso de ejecutarse el acto impugnado, supone la introducción de un concepto jurídico indeterminado, que habrá de ir matizándose y perfilándose en su aplicación a cada supuesto de hecho individualizado, pero en cualquier caso la esencia del mismo estriba en proteger la sentencia frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrollen en condiciones de plena utilidad para el titular reconocido del derecho e interés, de tal modo que caso de no adoptarse la medida cautelar la eventual sentencia estimatoria que pudiera dictarse devendría en una mera e inútil declaración retórica, al haber sido consumados de forma ya irreparable los efectos dañosos para quien la solicita, sin posibilidad de plena efectividad del derecho cuya tutela instaba ante los Tribunales. La introducción de dicho criterio legal enlaza, por su propia esencia, pero sin que lleguen a identificarse plenamente con la ya tradicional ponderación del carácter irreparable o no de los perjuicios que la ejecución del acto administrativo pudiera acarrear al interesado, mientras se tramita el procedimiento jurisdiccional, ya que evidentemente la pérdida de finalidad legítima del recurso tiene lugar cuando se han consumado y agotado de forma irreversible los efectos del acto administrativo y éstos han lesionado de forma definitiva los derechos que el interesado pretende hacer valer a través del proceso. Ello entrañaría una evidente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que sería inoperante, aun en el caso de haberse dictado sentencia estimatoria del recurso, ya que resulta ya imposible hacer valer el derecho o interés que a través del proceso se pretendía proteger.

Sin embargo, la decisión cautelar no debe basarse de forma exclusiva en el criterio anteriormente apuntado, puesto que la Ley de la Jurisdicción hace entrar igualmente en juego como criterio decisorio la posibilidad de perturbación grave para los intereses generales o los de un tercero, como causa de denegación de aquélla. Ello implica, como el propio artículo 130.1 indica, “una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”, en la que debe lógicamente prevalecer la defensa y protección del interés público, siempre que la misma exija la ejecución del acto administrativo impugnado.

En materia de suspensión de los acuerdos de expulsión, la Sentencia del TS 11 de abril de 2000, recogiendo doctrina reiterada y uniforme, viene a afirmar que “... procede acordar la suspensión de la medida de expulsión cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación que, en parte, afectarían a su esfera personal”, si bien ha de tenerse en cuenta que “Cuando a un ciudadano extranjero a quien se expulsa del territorio nacional tiene pendiente ante la Administración una solicitud para regularizar su situación en España, como son las cursadas al amparo del mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sin que dicha petición se haya resuelto, su inmediata salida de nuestro país le impediría ejercitar las facultades que le corresponden en el procedimiento administrativo instruido a su instancia (...) le causaría unos perjuicios de difícil reparación, al no poder defender su derecho (...) no consta que se haya resuelto la petición de regularización” (ATS de 19 de julio de 1996).

Iguals problemas viene planteando la adopción de medidas cautelares en los supuestos de impugnación de los acuerdos administrativos desestimatorios de las solicitudes de permisos de trabajo y residencia. La STSJ de Castilla La Mancha de 12 de septiembre de 2002, establece que:

“En efecto, no puede otorgarse ahora, en esta vía, el permiso de trabajo y residencia, o la exención de visado, todos ellos al parecer solicitados por el representado del apelante, porque supondría anticipar indeseadamente el fallo de la sentencia que en su día recaiga en los autos principales; como acto negativo –siquiera sea presunto, pero consistiría en la denegación de los permisos de trabajo y residencia y de la exención de visado–, en la práctica es casi imposible que pueda acordarse como efecto positivo un vuelco de tal calibre en la situación personal del ciudadano que hoy acude ante nosotros, porque en caso contrario obtendría por el camino de las medidas cautelares nada menos que el efecto pretendido en el pleito principal.”

Por el contrario un muy reciente Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que, en fecha 31 de marzo de 2003, ha acordado la adopción de una medida cautelar positiva, consistente en la concesión de la autorización provisional para trabajar, basándose para ello en la ponderación de los intereses en conflicto, al considerar que “la no adopción de una medida cautelar positiva solicitada, ocasionaría graves perjuicios al actor, que se vería imposibilitado de sustentar a su familia, por el contrario ningún perjuicio se ocasionaría al interés general por la concesión inicial del permiso de trabajo”.

Por fin el Auto de la STSJ de Cantabria de 13 de noviembre de 2002, tratando de superar los problemas que plantea la adopción de la medida de suspensión en los casos de actos de contenido

negativo, señala que: “Aun siendo cierto que, como afirma el Sr. Abogado del Estado, la jurisprudencia viene, con carácter general, denegando la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo impugnado en los supuestos de resoluciones de contenido negativo, como ocurre en el presente caso con la denegación del permiso de trabajo solicitado, no es menos cierto que las circunstancias concurrentes en el presente caso determinan que, de no acceder a lo solicitado el recurso pudiera perder su finalidad, sin que se alegue por la Administración ningún perjuicio que de la adopción de la medida cautelar pudieran derivarse para los intereses públicos”, acordando que “no resultará posible durante la tramitación del proceso adoptar por la Administración ninguna medida impeditiva para el desarrollo de la actividad laboral de la recurrente, sin que ello suponga la necesidad de dictar autorización de carácter provisional”.

VII. LOS EFECTOS DE LA FALTA DE PERMISO SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 13 de la CE, consagra en su número 1 que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.” Por su parte, el artículo 35 de la CE al regular el derecho al trabajo, hace referencia a los “españoles”, lo que determina que los extranjeros no pueden exigir igualdad de trato respecto de los nacionales en el acceso al trabajo, por lo que el establecimiento de requisitos previos, autorizaciones para trabajar, no es contrario a la Constitución.

La STC 107/1984, de 24 de noviembre, aborda el problema de la igualdad de trato entre españoles y extranjeros en el ámbito laboral y a tal respecto señala “El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Llegados a esa primera aseveración, el TC concluye que:

- a) No existe Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo .
- b) Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo y consecuentemente la desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato.
- c) La existencia de la desigualdad de trato sólo resulta sostenible en lo que podríamos denominar el acceso al empleo, puesto que, una vez obtenido el trabajo, las condiciones laborales de todo orden,

tanto individuales como colectivas deben ser necesariamente igualitarias, en sintonía con el principio consagrado en el Derecho Comunitario de “no discriminación por razón de la nacionalidad”.

Sentado lo anterior, el problema se plantea desde la perspectiva de resolver la calificación y los efectos jurídicos de los contratos de trabajo suscritos con extranjeros sin autorización para trabajar.

El criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario, ha venido sosteniendo que el contrato celebrado sin haber obtenido previamente la autorización para trabajar es nulo por contravenir una norma prohibitiva (artículo 6.3 del Cc), en este caso, el artículo 36.1 de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, que impone la obligatoriedad de obtener una autorización administrativa para trabajar. En efecto el referido precepto, en sintonía con la legislación anterior, establece que “Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar”.

El artículo 36.3 de la LO 14/2003 resuelve la cuestión de los efectos del contrato nulo por falta de autorización para trabajar, declarando “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

El problema interpretativo se ciñe a la expresión “derechos del trabajador extranjero”, al objeto de determinar si ha de interpretarse en el sentido de considerar que la nulidad del contrato no impedirá que el trabajador disfrute de todos los derechos laborales correspondientes a un contrato válido, de tal modo que se mejora notablemente el régimen contenido en el artículo 9.2 del ET. (En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido), que ahora abarcará no sólo las retribuciones, incluyendo los derechos económicos por vacaciones pendientes y la parte correspondiente de las pagas extraordinarias, sino todos los demás derechos derivados del contrato de trabajo, o bien, ha de entenderse en sintonía con los demás supuestos de nulidad del contrato de trabajo, que los derechos se ciñen a los estrictamente retributivos.

Con carácter general, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de marzo de 1997 en supuesto de contratación a quien carece de permiso de residencia y de trabajo, resuelve en unificación de doctrina diciendo:

“Partiendo de las expresadas normas, debe estimarse que un contrato de trabajo como el de autos, sin obtención de los permisos de residencia y de trabajo, que ni siquiera se han instado (consta solamente la petición de exención de visado), es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores. Tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

Problemas actuales en la jurisprudencia

IV

Por su parte la STSJ Cataluña 8 de octubre de 2002, parece sostener una tesis de reconocimiento de derechos más amplia que la meramente retributiva, al referirse a “todas las obligaciones laborales”. En concreto la referida sentencia señala que

“la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, no sólo determina en su artículo 36 que al margen de otras cualesquiera responsabilidades, la carencia de las autorizaciones administrativas para la contratación laboral de extranjeros no invalida el de tal clase concertado respecto de los derechos del trabajador, lo que sólo como salvaguarda de los derechos favorables al trabajador extranjero puede hermenéuticamente entenderse y valorarse a fin de que, el de tal condición pueda exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier prestación de servicios por cuenta ajena con arreglo al Estatuto de los Trabajadores y cuya competencia por razón de la materia corresponde al orden social.”

Por fin la reciente Sentencia de la Sala 4ª del TS de fecha 29 de septiembre de 2003, realiza una afirmación que, a mi juicio debe ser tomada con cautela, al señalar, tras recordar el contenido del artículo 36.3 de la LOEx, que “Matización que establece con toda claridad, que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo”, sentencia sobre la que volveremos con posterioridad.

El mayor problema surge en el momento de dilucidar si en estos supuestos, cuando se extingue el contrato, pueden aplicarse las consecuencias establecidas para el despido disciplinario, esto es, el abono de la indemnización y de los salarios de tramitación.

Para RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER “El hecho de que la constatación de la nulidad lleve aparejada la cesación de la relación laboral implica que no entren en los derechos del trabajador extranjero las consecuencias derivadas de la extinción del contrato de trabajo por iniciativa del empresario, porque la pérdida de vigencia del mismo no constituye un despido”.

En la doctrina de nuestros Tribunales existen criterios contradictorios.

La STSJ de Cataluña 14 de mayo de 2002, mantiene la tesis afirmativa, señalando que en estos supuestos,

“el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores incluida una eventual reclamación por despido.

Con la nueva ley se trata de asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que se exige al empleador las demás responsabilidades a que su actuación haya podido dar lugar, distinguiendo de esta forma dos distintos ámbitos jurídicos con los que se quiere abarcar todo el conjunto de obligaciones legales que el empresario debe asumir cuando contrata irregularmente a

un trabajador extranjero, añadiendo a las penales y administrativas que ya eran preexistentes a la entrada en vigor de esta nueva Ley, las de carácter laboral que con esta diferente reglamentación de la materia se incorporan.”

El único problema que plantea admitir la posibilidad del despido es el de sus efectos, dado que si se permitiera la opción por la readmisión, nos encontraríamos ante unas condiciones anteriores al momento de producirse el despido que eran claramente ilegales, por lo que debe acudirse, como ocurre en determinados supuestos de contratación por tiempo determinado, a la limitación de la condena, que quedará restringida a la indemnización, no resultando posible la readmisión.

Por el contrario, en sentido negativo, la STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001, señala que:

“... hemos declarado que no cabe el pronunciamiento sobre un despido sustentado sobre un contrato de trabajo nulo por opuesto a las normas de aplicación. Por lo tanto, debe desestimarse esta segunda pretensión (que además se trata de una cuestión nueva), sin perjuicio de que reclame las compensaciones remuneratorias a que haya lugar a través de otro proceso independiente.

En el mismo sentido la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de abril de 2000, señala que

“Como la actora según consta en los hechos declarados probados y los que con ese valor constan en el razonamiento jurídico de la sentencia impugnada, no se encuentra en posesión de permiso de trabajo, carece de legitimación para accionar por despido, sin perjuicio del derecho que le asiste, de acreditarse que ha prestado servicios, para reclamar de la empresa los débitos salariales por el tiempo trabajado (STS 2-3-1984).”

Más recientemente, se ha pronunciado en el mismo sentido la STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003.

Por último ha de hacerse referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, los hechos que se enjuiciaban eran los siguientes:

“que la demandante de nacionalidad argentina inició la relación laboral el 24 de agosto de 2000; que en fecha 11 de enero de 2001 solicitó permiso de trabajo y residencia en España; que tales permiso de trabajo y residencia así como la autorización empresarial para emplear estaban en curso en el momento del cese de la demandante, no constando que dichas autorizaciones o permisos fuesen denegados; y, que el 30 de julio de 2001 se le notificó verbalmente que no volviera a trabajar, por estar despedida, sin que le notificara por escrito siendo el motivo del despido el haber planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada.”

La Sala recuerda el contenido del artículo 36.3 de la LOEx y reitera el criterio sostenido, bien es cierto que, como luego se verá, en el campo de la Seguridad Social, en Sentencia de 9 de junio de 2003, cuando afirma que “Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo...”, para concluir la existencia de un despido nulo, si bien es cierto que el elemento relevan-

te de esta sentencia radica en la circunstancia concurrente de la falta de respuesta administrativa a la solicitud de permiso de trabajo que había sido formulada.

VIII. LOS EXTRANJEROS Y LOS DERECHOS A LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La LOEx procede en dos preceptos al reconocimiento de derechos en materia de Seguridad Social a los trabajadores extranjeros. De una parte el artículo 10.1 establece que “Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. Por otra parte, el artículo 14.1 establece que “Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.

Para la Profesora MOYA ESCUDERO, el primer precepto, en cuanto vincula el derecho al ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena, se está refiriendo a las prestaciones contributivas, mientras que el segundo, ante la ausencia de cualquier mención a la posible condición de trabajador del ciudadano extranjero, debe entenderse referido a las prestaciones no contributivas.

El artículo 7.1 de la LGSS establece que “Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes...”, consecuentemente, no existe referencia a la existencia del permiso de trabajo, sin embargo, el artículo 42 del Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aclara que “A las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo”.

Consecuentemente, en principio, puede concluirse que la carencia del permiso impedirá la constitución de la relación jurídica de Seguridad Social y la denegación de cualquier prestación que pueda solicitarse

En materia de prestaciones de Seguridad Social, donde el tratamiento de la jurisprudencia ha sido unívoco, ha sido en materia de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. La reciente Sentencia del TS de 9 de junio de 2003, establece en un supuesto de accidente de trabajo de trabajador ecuatoriano sin permiso de trabajo y residencia que “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad social se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo (...) aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones”, en el mismo sentido la Sentencia del mismo Tribunal de 7 de octubre de 2003.

Existen Sentencias, como la STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de enero de 1998 y Cataluña de 5 de septiembre de 2001, que, en materia de determinación del responsable en el pago de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, establecen incluso la obligación de anticipo por parte de las Mutuas patronales y la responsabilidad subsidiaria del INSS, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Por último debemos destacar el criterio que en materia de obligación de cotizar sustenta la STS de 2 de diciembre de 1998 (C-A), dado que procede a realizar una ampliación de los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, al establecer el derecho que les asiste a que el empresario ingrese las correspondientes cotizaciones por su prestación de servicios, al señalar que

“La cuestión básica planteada en este proceso se halla referida a si los trabajadores extranjeros en España que han prestado trabajo para un empresario, sin estar en posesión de permiso de trabajo como sucede en el presente caso, causan o no cotización al Régimen aplicable de la S.S. por razón de la actividad que han desempeñado y en consecuencia, si el empresario tiene o no obligación de cotizar al Régimen de S.S. aplicable que en este caso sería el General (...) Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la S.S., pues la referencia del artículo 7.4 de la LGSS/74 a lo establecido en los tratados y convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y concedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la S.S. en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del artículo 9.2 de la ET, lo que como señala la doctrina más autorizada tiene su reflejo en el artículo 70.1 de la LGSS/74 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la S.S. desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad); y aún más, señala la norma que la mera solicitud al antiguo INP hoy Tesorería de la S.S., de la afiliación o alta el trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tales afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización); es decir, aun no siendo procedente la afiliación el alta, se cotiza en función al tiempo trabajado.”

Circular informativa acerca de la aplicación de la Reforma de la Ley de Extranjería

La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, mantuvo el pasado día 19 de enero en el Ministerio del Interior, una reunión con D. Manuel Pérez Gómez, Director General de Extranjería e Inmigración, con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

De la reunión mantenida se derivan las siguientes conclusiones:

A) Instrucciones para la aplicación de la Reforma

Por el Director General nos informó que hasta la aprobación y posterior entrada en vigor del Reglamento que desarrolle la LOEx 14/2003, de 20 de noviembre, se han impartido a todas las Delegaciones de Gobierno y Subdelegaciones, unas Instrucciones con carácter general que han sido publicadas en un 95% en la página Web del Ministerio del Interior, es decir prácticamente en su totalidad, salvo cuestiones meramente organizativas.

B) Reglamento y fluidez de comunicación

La previsión del Ministerio del Interior es que la aprobación del Reglamento que desarrollará la referida Ley se produzca antes de las Elecciones Generales. Se solicitó y se acogió con agrado la propuesta que previamente se facilitará el borrador de Reglamento al Consejo General para que lleve a cabo el oportuno informe.

Se señala asimismo la necesidad de un intercambio más fluido de información (criterios, instrucciones, dificultades, etc.) entre ambas instituciones.

C) Procedimiento

(1) Oficinas y Registros.– Por el Ministerio del Interior se procurará informar lo más detallada y exactamente posible acerca de las ventanillas y registros competentes dependientes de las diferentes Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno. Dándole la mayor difusión.

(2) Inicio y primera comparecencia.– El Ministerio señala haber dado instrucciones a las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno para que en las Oficinas de Extranjería funcione el sistema de “cita previa” para la primera comparecencia en la que se realiza la solicitud inicial del expediente.

(3) Apoderamiento *apud acta*.— Por la Subcomisión del Consejo se propuso elaborar un modelo que pueda ser formalizado en la primera comparecencia por el que se otorgue la representación para los trámites ulteriores. Se acompaña el modelo elaborado por el ReICAZ.

(4) Empresarios.— Se estudiará la suficiencia de poderes notariales válidos con arreglo a la legislación específica (empresario individual, S.L., S.A., etc.). A la comparecencia inicial acudirán el empresario o su representante provisto de poderes notariales válidos con arreglo a su legislación específica (empresario individual, S.L., S.A., etc.). Estará asistido de abogado.

(5) Trámites ulteriores.— Se habló de diferenciar su tratamiento. La previsión legal de comparecencia personal en principio se contempla para las solicitudes iniciales. Los escritos de trámite o posteriores a la solicitud podrán presentarse por los medios que permite la legislación general sobre procedimiento administrativo, incluyendo el correo.

(6) El Ministerio a propuesta de la Subcomisión de extranjería estudiará la posibilidad de establecer mecanismos para agilizar la presentación de documentos, tales como creación de Oficinas receptoras delegadas, utilización de recursos tecnológicos, vía telemática, concertación electrónica de la cita previa, petición de información vía e-mail, y otros.

(7) Renovaciones.— Por la Subcomisión se insiste en la necesidad de dar un tratamiento especial a los expedientes de renovación de permisos, residentes permanentes, y reagrupaciones familiares.

(8) Información sobre estado del procedimiento.— Se va a estudiar un sistema de información vía e-mail para trasladar la situación de tramitación de los expedientes.

D) Protocolo

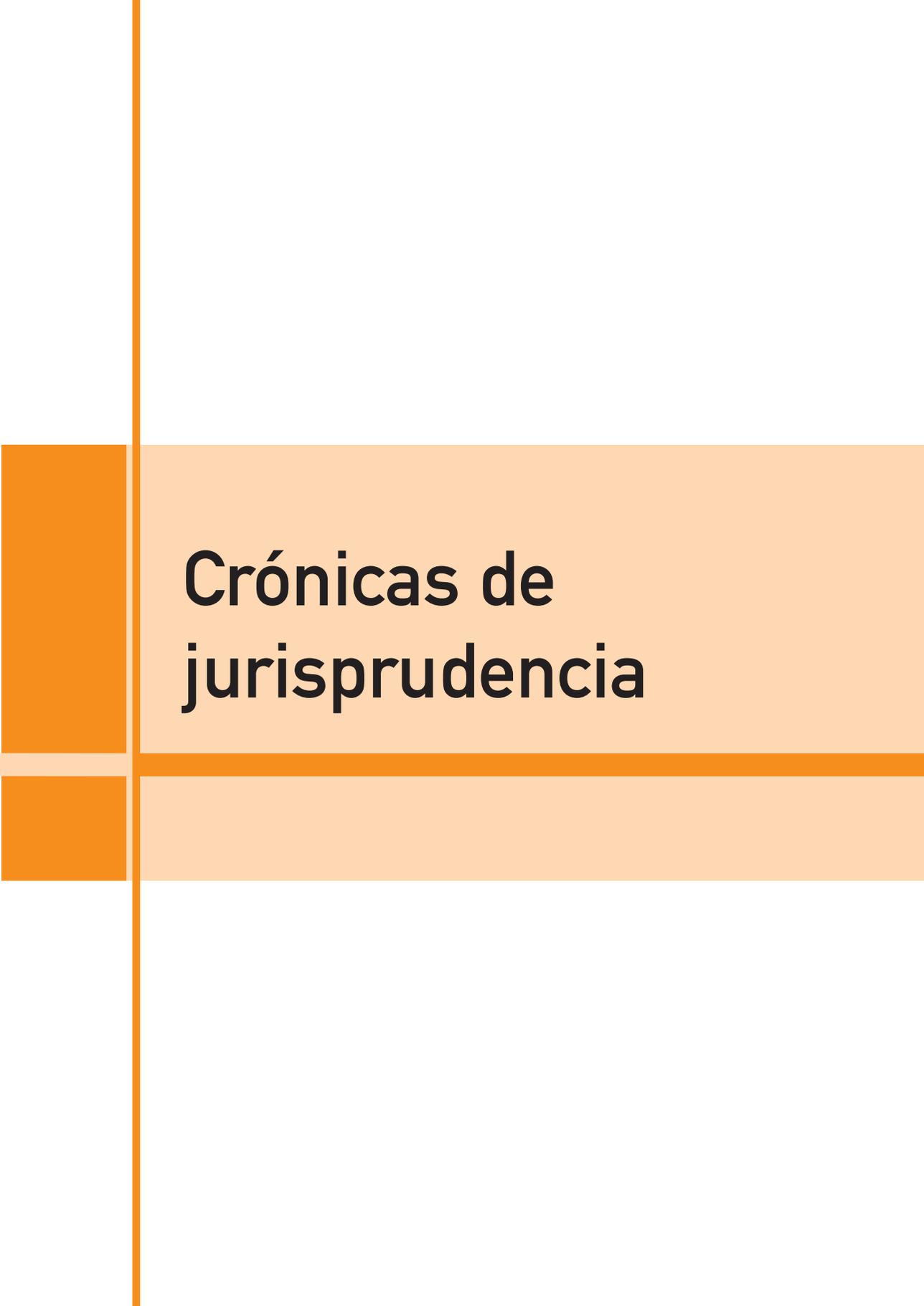
Una vez recogidas y admitidas las ideas expuestas, se propone por la Subcomisión de Extranjería redactar un un Protocolo de Actuaciones recogiendo entre otros temas: A) El acceso a la ventanillas y registros; B) Personación y representación y C) Trámites ulteriores y vista de los expedientes.

E) Buzón de sugerencias y denuncias

Se insiste en la necesidad de que los letrados (al igual que los demás ciudadanos) reciban un trato adecuado y correcto.

La Subcomisión de extranjería crea un buzón de sugerencias y de denuncias de las posibles disfunciones que la entrada en vigor de la Ley está creando, con la finalidad de llevar a cabo un informe para trasladarlo oportunamente al Ministerio del Interior.

En consecuencia, todos aquellos problemas concretos que están teniendo lugar relativos a la presentación de documentos en las distintas Oficinas de Extranjería, y otros registros, y los derivados de la entrada en vigor de la reforma de la LOEx los podéis comunicar en la dirección de correo electrónico: gonzalo.arana@cgae.es.



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 29 de abril de 2003.

Recurso de Casación: 2237/1999.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo. Ciudadano de Argelia. Derechos fundamentales.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que acordó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

“El proceso de instancia se inició en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por don C., ciudadano de Argelia, contra la resolución del Ministerio del Interior por la que se le denegaba el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo, y se tramitó por las normas contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

La sentencia aquí recurrida de casación estimó el anterior recurso jurisdiccional, anuló el acto impugnado y reconoció al solicitante la condición de refugiado y el derecho de asilo.

(...).

El primer motivo de casación, amparado en la letra b) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1988 –LJCA–, denuncia la inadecuación de procedimiento, alegando que, en lugar del procedimiento ordinario que debió tramitarse, se

siguió el procedimiento especial de la Ley 62/1978.

El segundo motivo, amparado en la letra c) del antes citado artículo 88.1 de la LJCA, invoca el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Y aduce para ello que el artículo 372.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establece que las sentencias habrán de citar las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso y que, tratándose de un proceso seguido por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, no se menciona, para dictar una sentencia estimatoria, cuál es el precepto de la Constitución, de los previstos en el artículo 53.2 de la misma (esto es, de los que permiten acudir al referido procedimiento especial), que ha sido infringido. Ambos motivos deben ser desestimados.

(...).

La aplicación al caso del procedimiento especial de la Ley 62/1978 lo fue en virtud de lo prevenido en el artículo 20.3 de la Ley 5/1984, en su redacción anterior a la Ley 9/1994, según el cual las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las del Gobierno que revocan el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Y habiéndose aplicado el procedimiento especial de la Ley 62/1978 por la razón que acaba de apuntarse, la sentencia de instancia no tenía porqué citar precepto de la Constitución relativo a los derechos fundamentales que entendiéndose vulnerado.”

Asilo

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 30 de abril de 2003.

Recurso de Casación: 2133/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Denegación del derecho de asilo. Suspensión de la ejecución.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por la representante procesal de doña A., contra el auto de la Audiencia Nacional dictado en pieza separada de suspensión en el procedimiento contencioso-administrativo que denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo.

“Consta que, con fecha 27 de octubre de 1999, se dictó sentencia desestimatoria en el recurso contencioso administrativo tramitado en los autos del proceso principal, sentencia que ha sido recurrida en casación ante esta Sala 3ª del Tribunal Supremo, (...).

Así las cosas, es patente que el presente recurso de casación resulta sin contenido ya que no es posible ya decidir sobre si resulta pertinente o no decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, puesto que el efecto suspensivo que tal medida cautelar podría suponer, si es que procediere acordarla, resultaría de imposible cumplimiento debido a la conclusión del proceso a que se refería, dado que los efectos de la suspensión de la ejecución del acto solamente se mantienen durante la tramitación del recurso y hasta que recaiga sentencia que ponga fin al procedimiento en que se haya acordado.

No se opone a la anterior conclusión la circunstancia de que la sentencia dictada en los autos principales haya sido o no recurrida en casación, pues la medida cautelar, como se dice, ha perdido virtualidad y la posibilidad de suspensión es cuestión que, en su caso, estará referida y resultará de la ejecución de la propia sentencia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 8 de mayo de 2003.

Recurso de Casación: 10487/1998.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Denegación del derecho de asilo. Nacional de Irán.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don L., contra la Sentencia de fecha 29 de septiembre de 1998 dictada por la Audiencia Nacional contra la resolución del Ministerio del Interior denegatoria de asilo.

“Se impugna en el presente recurso la Sentencia de 29 de septiembre de 1998 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 8ª) de la Audiencia Nacional. La citada sentencia desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior denegatoria de derecho de asilo del recurrente.

El motivo de casación único invocado en el escrito interpositorio de este recurso de casación se funda, al amparo del número 4 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción en la infracción que se dice cometida de lo dispuesto en los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado por entender el recurrente que en el presente caso existen indicios racionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 citado, para entender acreditada la existencia de un fundado temor de sufrir persecución por motivos políticos en su país de origen (Irán) basándose en la condición del mismo de cristiano-armenio.

La sentencia objeto del recurso consideró no acreditados los indicios aducidos, apreciando además que faltaba constancia fehaciente de su pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución. Y lo cierto es que, aun admitiendo su condición de armenio-cristiano, ello no es suficiente para entender acreditada la existencia de indicios suficientes a los efectos del artículo 8 de la Ley para la concesión del derecho de asilo, ya que, como

Asilo

hemos declarado en Sentencia reciente de 24 de abril de 2003 (recurso n.º 10.859/98) según constaba en expediente de aquel recurso por medio de informe de la representación diplomática española en Teherán, los cristianos armenios no son perseguidos sin más y no sufren mayores restricciones que los demás ciudadanos, sin que se conozca un solo caso de expulsión del puesto de trabajo por tales motivos.

En función de lo anterior, procede la desestimación del único motivo de casación aducido por el recurrente y con ello la confirmación de la sentencia de instancia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 12 de mayo de 2003.

Recurso de Casación: 2237/1999.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Admisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacional de Irak. Petición de reexamen. Derechos fundamentales.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre condición de refugiado.

“La sentencia recurrida en casación por el Abogado del Estado, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) con fecha de 30 de octubre de 1998, recaída en el recurso contencioso administrativo n.º 2581/94, seguido por la vía de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, vino a estimar dicho recurso interpuesto por la representación de doña M.T., de Irak contra la resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de noviembre de 1994, que había desestimado la petición de reexamen formulada por la actora, ratificando la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo, reconociendo (la sentencia recurrida) el derecho de la actora a que su solicitud de asilo sea admi-

tida a trámite, con imposición de costas a la Administración.

(...).

En vista de los términos en que aparece planteado el debate, resumidos antes, resulta que lo que invoca el Abogado del Estado recurrente es una inadecuación de procedimiento al entender que el proceso se ha tramitado por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, que era aquel al que se remitía la Ley 5/1984 para dirimir cuestiones como la aquí suscitada, pero que dejó de existir dicha exigencia procedimental con la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que estableció en su artículo 21.1 que los recursos contencioso administrativos sobre aquéllas tendrían tramitación preferente, pero sin ordenar que se sustanciaran por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, y que, por tanto, según la Administración recurrente, el Tribunal de Instancia había ignorado dicha modificación al ordenar el seguimiento de dicho procedimiento especial, mas debe rechazarse tal argumentación, por cuanto que, en definitiva, la diferencia esencial entre ambos procedimientos (el regulado por la Ley 62/1978, y el ordinario) estriba en que en aquél no hay escritos de conclusiones y se abreviaban los plazos procesales, sin que ello implique indefensión alguna para la Administración del Estado, lo que implica que, esgrimiéndose una inadecuación del procedimiento, el motivo debió ampararse en el artículo 95.1.2º de la Ley de esta Jurisdicción, no en el ordinal 3º, como aquí se hace, siendo, además, digno de destacar que, como la sentencia de instancia no se combate por razones de fondo, incluso la estimación de tal motivo sólo daría lugar a la posible repetición del proceso esta vez por la vía ordinaria, que terminaría con una sentencia igual a la que pretende anularse a través de este recurso de casación.

Sobre la base de iguales argumentaciones, pero esta vez al amparo del ordinal 4º del artículo 95.1 de la Ley de esta Jurisdicción, pretende la Administración recurrente la estimación de su recurso de casación

alegando que la sentencia no cita los derechos fundamentales que se suponen vulnerados, ni los artículos correspondientes, lo que también debió invocarse por vía del ordinal 2º del artículo 95.1 de la Ley de esta Jurisdicción, no por vía del ordinal 4º, como aquí verifica, y, si bien se observa, resulta que la sentencia recurrida sí razona suficientemente sobre los motivos que deben dar lugar a su resolución de estimación del recurso contencioso administrativo y de reconocimiento del derecho a que se tramite la solicitud de asilo formulada por la actora en la instancia, sin que resulte necesaria la cita de preceptos constitucionales, puesto que, si bien antes era necesario *ex lege* el seguimiento de tal proceso especial, ello no imponía ineludiblemente que hubiera de pretenderse a través de él la restauración de un derecho constitucional vulnerado, mientras que, después, cuando dejó de exigirse la tramitación por dicha vía especial, el recurso es siempre ordinario, aunque de tramitación preferente, y, en su cauce, no es precisa la invocación de preceptos constitucionales, lo que ha de determinar la desestimación del recurso, máxime cuando la sentencia se apoya también en el principio de igualdad.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TS de 19 de mayo de 2003; Recurso de Casación 7375/1999.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 22 de mayo de 2003.

Recurso de Casación: 11005/1998.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Denegación del derecho de asilo.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de don D., contra la sentencia de la Audiencia Nacional en el recurso sobre denegación del derecho de asilo y reconocimiento de la condición de refugiado.

“El recurrente articula un único motivo de casación que no puede prosperar por cuanto a lo largo del

mismo resulta evidente que el fundamento del recurso se encuentra en la discrepancia que sobre la valoración de la prueba efectúa la sala *a quo* para estimar que no existe persecución política ni de otro tipo, conclusión a la que llega en función de la existencia de un pasaporte de 1993 y de los informes policiales que obran en el expediente, ya que, afirma la Sala de instancia, en el proceso no se propuso prueba alguna.

Por otra parte ni la toma en consideración de los informes obrantes en el expediente, la pertenencia del recurrente a una banda de trileros operantes en Canarias, puede considerarse vicio de incongruencia, muy al contrario la Sala *a quo* no hace sino cumplir con el deber de valorar los distintos elementos de prueba existentes, ni la conclusión a que llega la Sala de instancia de que no existe persecución política ni de otro tipo en el país de origen contra el recurrente puede estimarse infracción jurisprudencial ya que es lisa y llanamente una conclusión fáctica no combatible en casación. En consecuencia el motivo debe ser desestimado con expresa condena en costas al recurrente por imperativo del artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 5 de junio de 2003.

Recurso de Casación: 7617/2000.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Denegación del derecho de asilo. Suspensión cautelar de la orden de salida o de su expulsión. Nacionales de Ucrania.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de don I., contra el Auto de fecha 17 de julio de 2000, dictado por la Audiencia Nacional en pieza separada de suspensión sobre denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo.

“En cuanto al primer motivo, lo articula el recurrente por infracción de los artículos 24 de la Constitu-

Asilo

ción en relación con el 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto sostiene el recurrente se trata de una resolución tipo que no da respuesta al concreto supuesto que se plantea y no efectúa una valoración de los intereses en conflicto.

El motivo no puede prosperar ya que el auto recurrido sí resuelve la cuestión que se plantea de forma razonada y fundada. Así, tras establecer la doctrina que entiende correcta sobre el carácter negativo del acto y sostener que la denegación de asilo no permite la expulsión automática del territorio nacional, efectúa en el último fundamento una efectiva valoración de los intereses en conflicto y sostiene que en el caso de autos no existen fundados temores de persecución afirmando que estamos ante un supuesto de inmigración por razones económicas. Podrá estarse o no de acuerdo con las razones que da el auto recurrido para sustentar su parte dispositiva, pero lo que no puede sostenerse es que no está fundado por más que sus argumentos estén formulados con carácter general.

El segundo motivo de casación se articula al amparo del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional por infracción del artículo 129.1 y 130.1 de la Ley Jurisdiccional por cuanto entiende que la finalidad del recurso se vería perjudicada habida cuenta el deber de salir del territorio nacional de los recurrentes a quienes se les ha denegado la petición de asilo. Considera el Letrado recurrente que los perjuicios derivados de la no suspensión son irreparables habida cuenta el riesgo por la vida e integridad física de los peticionarios de asilo, citando en sustento de su tesis la Sentencia de esta Sala de 12 de julio y 30 de septiembre de 1996. La doctrina expuesta en las sentencias dictadas debe ponerse en relación con el caso concreto y así hemos de recordar que esta Sala reiteradamente ha venido declarando que deben ser valoradas muy especialmente la apariencia de riesgo de persecución por alguna de las razones que justifican la concesión de asilo, lo que ha de valorarse en función de las condiciones objetivas del país de origen, en nuestro caso Ucrania, país en el que al

menos aparentemente no concurren dichas circunstancias, lo que justifica el que la Sala *a quo* considere que estamos más ante un supuesto de emigración económica que ante un supuesto de los que pueden dar lugar al asilo. En consecuencia el interés público del mantenimiento del acto recurrido consistente en evitar casos de emigración fraudulenta debe prevalecer sobre el interés del particular ya que en este caso no existen indicios de riesgo para la vida, de integridad física de los recurrentes ni tampoco para su libertad, circunstancias éstas que unidas a la necesidad de un acuerdo específico de expulsión que en su caso podrá ser recurrido para hacer efectiva la salida de España de los recurrentes impiden que pueda estimarse que se dé el supuesto del artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 13 de junio de 2003.

Recurso de Casación: 296/1999.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Concesión del derecho de asilo. Denegación. Ciudadano de Guinea Ecuatorial.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don R., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

“Esta Sala ha declarado en innumerables ocasiones que la valoración de la prueba aportada al proceso, necesaria para la fijación de los hechos sobre el que se extraen las conclusiones jurídicas pertinentes para la resolución del conflicto planteado, constituye una facultad exclusiva del Tribunal de instancia y el resultado de la apreciación realizada no puede ser revisado en casación, salvo que se acredite que aquél incurrió en infracción de normas o jurisprudencia relativas a la valoración de la prueba o que tal declaración es arbitraria o irracional, conculque los principios generales del Derecho o las reglas de

la prueba tasada, lo que desde luego no ha hecho la citada representación, pues ni siquiera justifica ni la vulneración del artículo 22 de la Ley 5/1984, que básicamente reconoce la condición de refugiado y reconoce como tal a quien cumple los requisitos previstos en las leyes y convenios internacionales, ni del artículo 1.2 de la Convención de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado de 31 de enero de 1967, que reconoce únicamente la procedencia de la condición de asilo y refugio cuando existen fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opiniones políticas.

En efecto, en el caso que analizamos, ante las genéricas circunstancias que invoca la parte recurrente en aval de su pretensión casacional, no sólo no resulta justificado el temor fundado que a tenor del Estatuto de Refugiados se exige para la concesión de este estatus especial, sino que la interpretación que verifica la Sala de instancia no es contraria a las reglas de la sana crítica y es coherente con lo actuado en el expediente y en el proceso jurisdiccional, pues resultó acreditado en autos, y así como hecho declarado probado lo declaró la Sala de instancia: que la emisión del carné del partido «Coalición social Democrática» fue concedido un día antes de su salida de Guinea y que el solicitante de asilo salió de su país de origen con pasaporte visado el 4 de diciembre de 1994.

Por otra parte, hemos de añadir que la Posición Común de la Unión Europea de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K).3 del Tratado de la Unión Europea (...) pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y

correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas, extremo que, según hemos indicado, no consta acreditado en las actuaciones del proceso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 19 de junio de 2003.

Recurso de Casación: 475/1999.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Asilo. Denegación de la solicitud. Nacional de Guinea Ecuatorial.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre y representación de doña M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso deducido frente a la resolución denegatoria de la solicitud para la concesión del derecho de asilo y condición de refugiado.

“En el caso que analizamos, ante las genéricas circunstancias que invoca la parte recurrente en aval de su pretensión casacional, no sólo no resulta justificado el temor fundado que a tenor del Estatuto de Refugiados se exige para la concesión de este estatus especial, sino que la interpretación que verifica la Sala de instancia no es contraria a las reglas de la sana crítica y es coherente con lo actuado en el expediente y en el proceso jurisdiccional, pues resultó acreditado en autos, y así como hecho declarado probado lo declaró la Sala de instancia: la no constancia de su pertenencia a ningún grupo político y que la solicitante de asilo salió de su país en forma legal y debidamente autorizada por las autoridades competentes, provista de pasaporte.

Por otra parte, hemos de añadir que la Posición Común de la Unión Europea de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K).3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo

Asilo

primero de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (...), aprobado en Bruselas, pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas, extremo que, según hemos indicado, no consta acreditado en las actuaciones del proceso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 23 de junio de 2003.

Recurso de Casación: 8008/2000.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Nacional de Cuba. Denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo. Suspensión de la ejecución.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por la representante procesal de don A., contra el auto de la Audiencia Nacional que declara no haber lugar a la suspensión del acto recurrido dictado por el Ministerio del Interior que denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

“Consta que, con fecha 25 de enero de 2002, se dictó sentencia desestimatoria en el recurso contencioso-administrativo tramitado en los autos del proceso principal, sentencia que ha sido recurrida en casación ante esta Sala 3ª del Tribunal Supremo, al que fueron remitidas las actuaciones con fecha de 26 de abril de 2002 y donde el recurso de casación contra dicha sentencia se tramita con el número 3508/2002, encontrándose actualmente en la sección 1ª (...).

Así las cosas, es patente que el presente recurso de casación resulta sin contenido ya que no es posible ya decidir sobre si resulta pertinente o no decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, puesto que el efecto suspensivo que tal medida cautelar podría suponer, si es que procediere acordarla, resultaría de imposible cumplimiento debido a la conclusión del proceso a que se refería, dado que los efectos de la suspensión de la ejecución del acto solamente se mantienen durante la tramitación del recurso y hasta que recaiga sentencia que ponga fin al procedimiento en que se haya acordado.

No se opone a la anterior conclusión la circunstancia de que la sentencia dictada en los autos principales haya sido o no recurrida en casación, pues la medida cautelar, como se dice, ha perdido virtualidad y la posibilidad de suspensión es cuestión que, en su caso, estará referida y resultará de la ejecución de la propia sentencia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 27 de junio de 2003.

Recurso de Casación: 902/1999.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Concesión del derecho de asilo. Nacional de Liberia. Inadmisión a trámite.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don R., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que casa, y anula la resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 6 de marzo de 1993, declarando el derecho del recurrente a que sea admitida a trámite su petición de asilo.

“Circunscrito el objeto del presente recurso de casación al único motivo de impugnación aducido por la representación de don R., natural de Liberia, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 2 de octubre de 1998, que des-

Asilo

estimó el recurso formulado contra la resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 3 de marzo de 1996 que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España; de entrada, debemos señalar que la Sala de instancia razona sobre la procedencia o no del asilo y sobre la concurrencia de las causas necesarias para su concesión y no sobre si se da el supuesto de inadmisión a trámite alegado por la Administración; mezclando así el problema de fondo –procedencia o no de conceder el asilo y la condición de refugiado– con el problema de la adecuación o no al derecho de declarar o no la inadmisión a trámite del procedimiento.

En el caso que analizamos no se solicitó por el actor un pronunciamiento sobre el fondo, sino únicamente la remisión de ese impedimento procesal cual es la inadmisión a trámite y así, de forma clara y precisa, se concreta en el *petitum* de su escrito fundamental de demanda; por ello, debe ser estimado este motivo casacional, y de conformidad con lo establecido en el artículo 102.3 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción –a la sazón vigente– debemos entrar a resolver el debate en los términos en que fue planteado.

La Ley 9/1994, de 19 de mayo, establece como causa de inadmisión a trámite cuando la solicitud se basa en hechos, datos o manifestaciones falsos, inverosímiles o que por carecer de vigencia actual no fundamentan una necesidad de protección, y aquí, en el supuesto que contemplamos, no encontramos ningún informe del ACNUR en el que se pronuncie sobre la petición de asilo formulada, y de los datos que aporta el recurrente en su solicitud, que explica luego en la demanda, resulta evidente que en principio concurren los requisitos necesarios establecidos en la citada Ley 5/1999 para que pueda y deba admitirse a trámite su petición.

La declaración de haber lugar al recurso de casación debe comportar, conforme a lo prevenido en el artículo 102.2 de la Ley Jurisdiccional, que cada parte procesal en el presente recurso de casación satis-

faga las costas causadas a su instancia, y respecto de las producidas en primera instancia, esta Sala considera que no concurren las circunstancias exigidas en el artículo 131 de esta Ley para realizar una declaración expresa al respecto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 25 de julio de 2003.

Recurso de Casación: 1098/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Inadmisión a trámite de solicitud de reconocimiento del derecho de asilo. Nacional de Sierra Leona.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don S., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de reconocimiento del derecho de asilo.

“La sentencia impugnada, ha considerado que, en primer lugar –y contra lo que afirmaba el recurrente–, el preceptivo informe del ACNUR había sido solicitado (cosa distinta es que, en este caso, no haya sido emitido por el citado organismo internacional), y que, en segundo lugar, concurre el motivo de inadmisión previsto en el artículo 5.6, letra b), de la Ley citada: «Que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado».

Está remitiendo así la sentencia al artículo 3.1 de la citada Ley, que, a su vez remite a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados, hechos en Nueva York en 31 de enero de 1967.

En definitiva, lo que está diciendo la sentencia es que no hay base alguna, ni siquiera por vía indicia-ria, de que se den en el solicitante «fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas».

(...).

Asilo

Basta examinar el expediente administrativo para convencerse de que –como apreció la Administración y confirma la sentencia– de la mera declaración hecha por el recurrente resulta con toda evidencia que, ni siquiera indiciariamente puede decirse que en este caso se den esos «fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, por pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas» que es necesario acreditar para poder obtener la condición de refugiado, requisitos que, aunque estamos en el mal llamado trámite de inadmisión –mal llamado porque debería hablarse, para evitar malentendidos de trámite «de admisión»– han de estar mínimamente acreditados al menos para que sea posible obtenerse una convicción de que lo que se alega tiene visos de verosimilitud.

Y lo que resulta de una declaración realizada en inglés y cuya traducción hecha por intérprete aparece transcrita en el expediente es lo siguiente: «Mi apellido es P.F. y mi nombre es S. Mi dirección es (...), nací el 10 de octubre de 1969 en Freetown, Sierra Leona. No poseo pasaporte ni ninguna tarjeta de identidad. Mi religión es la musulmana y mi nacionalidad es de Sierra Leona. Sólo hablo el inglés. El nombre de mi padre es M.P.F. y el de mi madre es Y.S. Mi residencia actual en Tenerife es en el albergue.

(...). En mi país no pertenezco a ningún partido político; la situación en mi país es muy mala y salí del país por la guerra, lo hice en barco. No sabía que el barco venía a Tenerife, me di cuenta que estaba aquí cuando llegué. He pedido asilo político en este país, porque no tengo a nadie en el mundo. El tiempo que pienso estar aquí [debe haberse omitido algo al hacer la transcripción] porque ellos han matado a mi familia. No se si regresar a mi país porque ellos han matado a mi familia. La información de mi país es muy mala. Nuestra gente sufre por el hambre, no hay transportes, no hay donde ir, no hay comida y la gente se está muriendo».

Son afirmaciones tan genéricas que, ni siquiera para superar el trámite de admisión –que es sobre lo que en esta casación debemos pronunciarnos– valen. Un relato como el que acabamos de transcribir, que no sólo es absolutamente genérico, sino que si de algo informa es de que no se da ninguno de los requisitos reclamados por el grupo normativo aplicable, carece de valor alguno ni siquiera como mero indicio de verosimilitud.

Y aunque no se trate de una norma jurídica, y mucho menos de una norma jurídica que vincule a este Tribunal Supremo de España, no está de más recordar, lo que en relación con el trámite que nos ocupa, y sobre la necesidad de estar alerta frente a las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusiva se aprobó en 1983 por el Comité ejecutivo del Programa del ACNUR y que permiten presumir razonablemente que el informe preceptivo –pero no vinculante– que le fue solicitado en el caso que nos ocupa hubiera sido negativo de llegarse a emitir.

Porque en esa fecha, y por recomendación del Subcomité plenario sobre la protección internacional de los refugiados, el Comité ejecutivo del Programa del Alto Comisionado: «Consideró que sería útil que los procedimientos nacionales para determinar la condición de refugiado incluyesen una disposición especial para tramitar de manera expedita aquellas solicitudes que a todas luces carezcan de fundamentos como para justificar un examen completo de todas las etapas del procedimiento. Esas solicitudes han sido calificadas como ‘claramente abusivas’ o ‘manifiestamente infundadas’ y cabe definir las como aquellas que son claramente fraudulentas o que no guardan relación con los criterios para la concesión de la condición de refugiado establecidos en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 relativa al estatuto de los refugiados ni con otro criterio que justifique la concesión de asilo».

Por todo ello, nuestra Sala rechaza este motivo segundo y así lo declara.”

Asilo

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 28 de julio de 2003.

Recurso de Casación: 5456/2000.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: No admisión a trámite de solicitud de asilo. Nacional de Argelia. Recurso de casación en pieza separada de suspensión.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don D., nacional de Argelia, contra el auto que dictó la Audiencia Nacional que desestimó la suspensión de la ejecución de la resolución del Ministro del Interior por la que se inadmitía a trámite la solicitud de la concesión del derecho de asilo.

“El presente recurso tiene por objeto la impugnación del Auto de 26 de abril de 2000, que declaró no haber lugar a la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido en el presente procedimiento, constando en las actuaciones que en los autos principales se ha dictado sentencia estimatoria del recurso jurisdiccional.

De acuerdo con lo anterior, el presente recurso de casación resulta sin contenido, ya que no es posible ya decidir sobre si resulta pertinente o no decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, puesto que el efecto suspensivo que tal medida cautelar podría suponer ha perdido toda virtualidad por la conclusión del proceso a que se refería, teniendo en cuenta que los efectos de la suspensión de la ejecución del acto solamente se mantienen durante la tramitación del recurso y hasta que recaiga sentencia que ponga fin al procedimiento en que se haya acordado, con lo cual el recurso de casación carece de contenido, sin que a la anterior conclusión se oponga la circunstancia de que la sentencia dictada en los autos principales haya sido o no recurrida en casación, pues la medida cautelar, como se dice, ha perdido virtualidad y la posibilidad de suspensión es cuestión que, en su caso, estará referida y resultará de la ejecución de la propia sentencia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 30 de octubre de 2003.

Recurso de Casación: 2763/1999.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Inadmisión a trámite de solicitud de asilo. Procedencia de recibimiento a prueba.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de don C.M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior sobre admisión a trámite de solicitud de asilo.

“La sentencia de instancia resuelve, desestimándolo, dicho recurso jurisdiccional entendiendo que la causa invocada por el recurrente como determinante de su petición de asilo no es justificativa de su derecho al asilo, afirmando la sentencia recurrida que no hay ni tan siquiera causa ya que tal no puede considerarse la supuesta pertenencia a un partido legal en la oposición ni la huida del país porque, también supuestamente, algunos manifestantes (no el recurrente) fueron detenidos, a saber por qué causas concretas—dice la sentencia— incluso relacionadas con el desarrollo de la manifestación. Y afirma a continuación la Sala de instancia en su fundamento de derecho cuarto que «como nada pudo concretar en su solicitud, nada pudo valorar la Administración en ese primer filtro de la petición, pero he aquí que nada tampoco nos ha dicho en sede judicial y seguimos sin saber por qué huyó del país... si es que realmente tuvo que huir».

(...).

Consta efectivamente en las actuaciones de instancia que el recurrente por medio de otrosí interesó el recibimiento del procedimiento a prueba «a fin de acreditar que mi mandante es perseguido en su país a consecuencia de los motivos expuestos en el cuerpo de esta demanda, con peligro para su libertad, su integridad física y su vida», así como que la Sala, por Auto de 21 de junio de 1997 denegó el recibimiento a prueba solicitado por entender que en dicha peti-

Asilo

ción no se precisaban los puntos de hecho sobre los cuales había de versar, lo que se ratificó al resolver el recurso de súplica en el Auto de 20 de enero de 1998 considerando la Sala que no se expresaban hechos concretos sino generalidades que debieron concretarse más y que incluso se hubiera admitido (la prueba) de haberse intentado en la suplica.

El motivo debe de prosperar puesto que la denegación del recibimiento a prueba ha producido la indefensión invocada por el recurrente ya que para despejar las dudas, que al principio recogíamos, que expresa la Sala en cuanto a las razones de la huida del país alegadas por el recurrente, hubiera sido preciso permitir al mismo acreditar, como lo intentó, justificar la existencia de esa persecución de que se decía que era objeto en el país de origen, y que intentó acreditar y no fue permitido por la Sala y que, en definitiva, resultaba determinante para la apreciación de si la Administración había denegado correctamente la admisión a trámite de la petición del asilo, por lo que procede estimar este recurso de casación y, casando la sentencia recurrida, disponer que se repongan las actuaciones al momento de acordar el recibimiento del proceso a prueba, declarando la procedencia de dicho recibimiento a prueba.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 10 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 3677/1999.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Inadmisión a trámite de concesión de derecho de asilo a ciudadana liberiana. Derecho de asistencia letrada.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don L.J., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional contra la resolución del Ministerio del Interior, retrotrayendo las actuaciones administrativas practicadas a fin de que se dé cumplimiento al derecho de asistencia letrada de la solicitante del asilo.

“La Sala de instancia, en el fundamento jurídico segundo de su sentencia, analizó las tres alegaciones efectuadas por la demandante, en orden a la no designación de letrado para ser asistida, la falta de intervención del intérprete y la ausencia del informe del ACNUR, y consideró respecto de la primera, respecto de la que se sustenta el presente recurso de casación, que aun no constando la intervención de letrado, ésta no puede acarrear la nulidad solicitada, pues a diferencia de lo que ocurre en materia de asistencia a los detenidos, en este procedimiento no es preceptiva su actuación.

Desde luego, según el artículo 520.2, apartado c), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un derecho de cualquier persona detenida o presa, y que desarrolla el artículo 45, en sus apartados 2 y 3 del Real Decreto 658/2001, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, y la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales. Derecho que si no es utilizado por el detenido o preso, se procederá a su designación de oficio; ahora bien, esta intervención letrada que *ex lege* es preceptiva y obligatoria, incluso contra la voluntad del denunciado o preso, en las actuaciones policiales y judiciales, pues, como nos recuerda el Tribunal Constitucional un imputado, o simplemente el mero sospechoso, es también titular del derecho constitucional a la defensa y debe ser advertido de sus derechos y en particular de la posibilidad de hacerse asistir de letrado, antes de que se le tome declaración, en modo alguno es parangonable con el derecho a la asistencia de letrado que el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, sobre regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado, parcialmente modificada por la Ley 9/1994, de 19 de diciembre, y los artículos 5.2 y 8.4 de su Reglamento ejecutivo, conceden a los extranjeros que encontrándose ya en el territorio español pretendan la formalización de su solicitud, ya que éstos pueden renunciar a la asistencia letrada una vez que hubieran sido informados o instruidos por la autoridad a la que se dirigieran de sus

derechos y, en particular, del derecho de asistencia de abogado.

En el caso que enjuiciamos, la parte demandante aunque alegó, según declara como hecho probado la sentencia impugnada, «cuanto estimó oportuno a su derecho», fue privado de la intervención de letrado, a pesar de haberla solicitado de forma expresa en su primera comparecencia ante la Administración, por lo que al no cumplirse esta garantía legal, que si bien no es preceptiva en cuanto que el solicitante del asilo puede renunciar a ella, se infringieron los artículos reseñados en el fundamento jurídico anterior de nuestra sentencia; por lo que debe ser estimado este motivo de casación, en el aspecto en que se sustenta sobre el *error in iudicando* y, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.c) de la vigente Ley Jurisdiccional, debemos anular y anulamos la sentencia recurrida, así como la resolución administrativa a que se refiere, que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España, retrotrayendo las actuaciones administrativas practicadas a fin de que se dé cumplimiento al derecho de asistencia letrada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 14 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 3344/1999.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Denegación de admisión a trámite de solicitud de derecho de asilo. Ciudadana croata.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de doña C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo.

“Constituye el objeto del recurso de casación que la Sala resuelve la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 5 de febrero de 1999, que confirmó la decisión del Ministerio del Interior de 28 de julio de 1995, que

denegó la admisión a trámite de la solicitud de asilo presentada por la recurrente, ciudadana croata, el día 4 de ese mismo mes y año, manifestando como causa del asilo pedido «el estado de guerra en que se encuentra el país y haber roto todo tipo de relación con su familia, ya que se marchó de Marruecos y se casó con un marroquí, abrazando la religión musulmana. Su familia no vio bien este hecho ya que son cristianos. Después se divorció de su marido. Hace 10 años que no vive en Yugoslavia».

(...).

Según el recurso la sentencia infringió por su aplicación el artículo 3.1 de la Ley 5 de 1984 según el cual se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos Internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención de Ginebra y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

Carece de fundamento esta alegación porque para que se pudiera entrar a considerar ese argumento sería necesario que estuviéramos revisando una denegación de asilo, pero no como ocurre en este supuesto la previa de inadmisión a trámite de esa petición.

Lo que la recurrente debió plantear ante esta Sala y no hizo fue la infracción del artículo 5.6 de la Ley 5 de 1984, denunciando, en su caso, la incorrecta aplicación por la Sala de instancia de ese precepto legal, porque, como acabamos de decir más arriba, lo que estaba en cuestión era la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo y no la denegación de ese derecho. Y del mismo modo también debe rechazarse la alegación que contiene el submotivo por infracción del artículo 24 de la Constitución en tanto que afirma se desconoce la tutela judicial efectiva que los Tribunales deben dispensar a quienes a ellos acuden en demanda de justicia. No existe vulneración de ese mandato constitucional cuando la Sala da respuesta a la pretensión que se ejercita aun cuando ésta no

Asilo

favorezca el interés perseguido por la petición. El argumento será el mismo que en el anterior supuesto porque no se combate la decisión que se recurre sino que se busca alcanzar algo que no se puede otorgar en este momento como es la concesión del asilo.

En el segundo de los submotivos se denuncia la infracción de la jurisprudencia dictada en casos como el que se resuelve. Refiere que la jurisprudencia de esta Sala mantiene que basta una prueba indiciaria que *prima facie* acredite que quien solicite la condición de refugiado está o puede estar perseguido en razón de sus ideas, opiniones o creencias. Concluye que en consecuencia la Sala de instancia debió acoger la pretensión que se había ejercitado ante ella.

La sentencia según el recurrente infringe la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la necesidad, o no, de una prueba plena, para el reconocimiento del derecho de asilo y yerra en su consideración acerca de la existencia, o no, de indicios que acrediten el sufrimiento de una persecución por las causas establecidas.

Tampoco este motivo puede prosperar. Las razones son las antes expuestas y que se refieren al erróneo planteamiento del motivo que se refiere a la jurisprudencia que resultaría de aplicación si estuviéramos refiriéndonos a la denegación del derecho de asilo y no como ocurre en este supuesto a la inadmisión a trámite de la solicitud para la concesión del mismo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 20 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 4134/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Asilo. Denegación.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don J.R., contra

la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación del derecho de asilo.

“El recurrente articula dos motivos de casación, el primero por infracción de los artículos 1 a 3, 8 y 22 de la Ley 5/1984 y concordantes del Real Decreto 511/1986 en relación con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967; y el segundo por infracción del artículo 8, también invocado en el motivo primero, de la Ley 5/1984. Ambos motivos, dada su íntima conexión deben ser examinados conjuntamente.

El recurrente fundamenta las infracciones que alega en que, en su opinión, existen indicios suficientes para deducir que se da alguno de los casos de los artículos 1 a 3 de la Ley 5/1984 por cuanto considera acreditada su pertenencia a una tribu enfrentada a la actualmente en el poder, pero lo cierto es que la Sala de instancia, ante la ausencia de la más mínima actividad probatoria niega la existencia siquiera de meros indicios ya que no pueden ser considerados tales las simples manifestaciones del demandante de asilo. En consecuencia los motivos deben ser desestimados, atendida la vinculación de este Tribunal a la relación fáctica efectuada por la Sala de instancia salvo que se articule un motivo por infracción del artículo 9.3 de la Constitución o por infracción de los preceptos que regulan la valoración de determinados medios de prueba, o se deba acudir a la vía de la integración de los hechos, lo que no acontece en el caso de autos, procediendo en consecuencia a la condena en costas al recurrente, por imperativo del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 5 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 4773/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Asilo.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don J.M., contra

la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite la solicitud de asilo.

“El único motivo de casación articulado por el recurrente por infracción del artículo 17.1 del Real Decreto 203/1995 en relación con el artículo 5.6 de la Ley 5/1984 debe ser desestimado por cuanto alegada como causa de asilo por el recurrente el temor a que le maten los terroristas y el deseo de mejorar su situación económica, resulta de aplicación la doctrina de esta Sala, por todas la Sentencia de 7 de noviembre de 2003, según la que: «cuando un Gobierno mantenga la represión organizada y sistemática de los respectivos grupos terroristas, las amenazas o persecuciones perpetradas por éstos no pueden fundar la protección del asilo político, aunque se produzcan atentados inevitables». Pues bien, resultando notorio que los grupos terroristas que, indica la parte, vienen siendo combatidos por el Gobierno de su nación, por lo que no procede acceder a la pretensión, cuando ni siquiera la parte ha acreditado que haya impetrado el auxilio de las fuerzas del orden del país.

Lo que se dice en el fundamento o párrafo segundo por la sentencia de instancia es razonable y conforme con la naturaleza de las cosas. El de Argelia es el de uno de tanto países que sufren el azote del terrorismo, realidad de nuestro tiempo que ocupa y preocupa a los Gobiernos democráticos que tratan, incluso, de unir sus fuerzas para combatirlo. Bien distinta es la situación existente también en otros países donde es el mismo Gobierno el que organiza y dirige la persecución de la oposición, o de grupos y colectividades humanas determinadas.

En cuanto a la alegación que efectúa el recurrente relativa a la inverosimilitud de unas alegaciones, hemos de recordar que la resolución administrativa que confirmó la sentencia recurrida vincula esa circunstancia al hecho de que sobre el recurrente pesaba una orden de expulsión en el momento en que se formuló la petición de asilo, circunstancia que no se

desvirtúa por el informe del ACNUR sobre situación de violencia en el país de origen, pues esta situación no elimina la duda que sobre las afirmaciones del recurrente, relativas a su temor de ser víctima de los terroristas, surgen por el hecho de no solicitar el asilo de forma inmediata a su entrada en España y esperar a que pesara sobre él una orden de expulsión.

El motivo por tanto debe ser desestimado con expresa condena en costas al recurrente por imperativo del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 11 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 5000/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Asilo. Desestimación de la solicitud para su concesión.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de doña L., contra sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó la solicitud para la concesión del derecho de asilo.

“Las recurrentes articulan un único motivo de casación por infracción de los artículos 43 y 50 de la Ley de la Jurisdicción y 24 de la Constitución al incurrir la sentencia de instancia en vicio de incongruencia omisiva ya que no se pronuncia sobre la pretensión subsidiaria formulada en la demanda consistente en que si no estima que los recurrentes cumplen los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, se les aplique lo dispuesto en el artículo 17.2 del a Ley citada en relación con el artículo 31.3 y disposición adicional primera del Real Decreto 203/1995, autorizando la permanencia en España de las recurrentes por proceder de una zona que se halla en situación de disturbios graves.

En efecto la sentencia de instancia tras desestimar el peticionado asilo, al no poder incardinarse la situación de las recurrentes en ninguno de los supuestos del artículo 3 de la Ley 5/1984 modificada por Ley

Asilo

9/1994, no se pronuncia en absoluto sobre la pretensión formulada con carácter subsidiario y por tanto incurre en el vicio de incongruencia omisiva denunciado e infringe los preceptos invocados por las recurrentes, razón por la que el motivo debe ser estimado.

(...).

Centrado así el debate, lo primero que hay que resaltar es que en vía administrativa ninguna pretensión se formula en relación con la que con carácter subsidiario se formula en la demanda, lo que en principio dará lugar a estimar que estamos ante un supuesto de desviación procesal que justificaría la desestimación de la pretensión formulada con carácter subsidiario.

Sin perjuicio de lo anterior conviene también destacar que los artículos 17.2 de la Ley 5/1984 modificada por Ley 9/1994, el artículo 31.3 y disposición adicional primera del Real Decreto 203/1995 se refieren a supuestos distintos, así mientras el primero de los preceptos se refiere a casos de denegación de asilo o inadmisión a trámite al no darse los supuestos del artículo 3.1 de la misma Ley, en tanto que la disposición adicional citada se refiere al acogimiento de grupos de expulsados, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, al margen de situaciones que puedan dar derecho a asilo y no a causa de denegación, mientras que el supuesto del artículo 31 del Real Decreto 203/1995 es sólo aplicable a la supuesta de denegación de asilo y no de inadmisión a trámite ya que el precepto se refiere expresamente a «denegación de asilo», en tanto que el artículo 17 de la Ley 5/1984 expresamente a solicitud inadmitida a trámite o denegada, por tanto cuando el legislador quiso referirse a ambos supuestos lo hizo expresamente y si sólo se refiere a uno de ellos no cabe extenderlo al otro.

Así las cosas, debe desestimarse la pretensión formulada al amparo del artículo 31 y disposición adicional primera del Real Decreto 203/1995.

En cuanto al artículo 17.2 de la Ley 5/1984 la Sala de instancia afirmó que no se ha desvirtuado la tesis de la Administración recurrida de que las recurrentes tienen indeterminada su personalidad, no acreditan su residencia en Grazni y que la situación de conflicto en Chechenia había remitido en la fecha de la sentencia, razones que unidas a la desviación procesal antes mencionada justifican la desestimación de la pretensión formulada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 18 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 6955/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite de la solicitud.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don B., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo.

“El primer motivo de casación, articulado por infracción del artículo 25 del Real Decreto 203/1995 en relación con los artículos 91 y 112 de la Ley 30/1992 ha de ser desestimado ya que fundándose la infracción en la no audiencia del recurrente es lo cierto que en el caso que nos ocupa, tal y como acertadamente recoge la sentencia de instancia la audiencia se produce el 19 de marzo de 1997 y así consta mediante diligencia que lleva por rúbrica «Asunto: Trámite de Audiencia» suscrita por el instructor y el interesado, sin que esta afirmación, que como decimos también se efectúa en la sentencia de instancia, haya sido combatida en el motivo que nos ocupa.

Igual suerte debe correr el segundo motivo articulado ya que, estando como estamos ante un supuesto de inadmisión a trámite del peticionado asilo, el artículo 8 de la Ley 5/1984 que se cita como infringido en relación con el artículo 3.1 de la misma, es manifiesto que no guarda relación con la cuestión debatida. El citado artículo 8 de la Ley 5/1984 se

Visado

refiere a la estimación de la solicitud de asilo y no a la inadmisión a trámite que debe ser combatida por infracción del artículo 5.6 de la misma Ley.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 18 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 7766/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite de la solicitud.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de doña M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo.

“Articula la recurrente un único motivo de casación que no obstante debe ser dividido en dos submotivos por cuanto, de una parte se invoca infracción del artículo 5.6 de la Ley 5/1984 modificada por la Ley 9/1994 ya que la resolución recurrida se dicta sin llevar a cabo la previa audiencia del representante en España del ACNUR en contra de lo dispuesto en el citado precepto, y por otra parte se invoca infracción del artículo 8 de la Ley 5/1984 y jurisprudencia sobre el mismo, así como del artículo 13.4 de la Constitución como consecuencia de las infracciones citadas en segundo lugar, cuestiones todas ellas que la recurrente refiere no a la inadmisión a trámite de la petición de asilo, que es lo que constituye el objeto del recurso contencioso, sino a la procedencia o no de la concesión del asilo solicitado en vía administrativa, cuestión esta ajena al recurso contencioso que nos ocupa.

En consecuencia el motivo en cuanto al segundo de los aspectos planteados, debe desestimarse por no guardar relación con el objeto del recurso contencioso que nos ocupa dado que éste, insistimos, se limita a la inadmisión a trámite de la solicitud.

En cuanto a la infracción del artículo 5.6 de la Ley 5/1984 el motivo debe ser estimado ya que no consta de modo alguno que la Administración haya

cumplimentado un trámite esencial cual es oír con carácter previo a la resolución recurrida al representante en España del ACNUR. Considerándose dicho trámite esencial su omisión da lugar a la anulación de la resolución recurrida en vía contenciosa debiendo reponerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución que se anula para que proceda a cumplimentarse el trámite omitido, sin que haya lugar a pronunciarse sobre la procedencia o no del asilo al ser ésta una cuestión ajena al recurso que nos ocupa que por otra parte no fue planteada en la instancia.”

VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 8 de mayo de 2003.

Recurso de Casación: 3836/2000.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Denegación visado de residencia por reagrupación familiar.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra el Auto de fecha 22 de noviembre de 1999 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en pieza separada de suspensión del recurso contra el auto que acuerda que durante la sustanciación del litigio no será exigible al recurrente la obtención de visado.

“En primer lugar hemos de señalar que la recurrente en vía contenciosa lo que solicita, así se deduce con absoluta claridad de su escrito de interposición, no es la suspensión pura y simple de un acto que reconoce negativo, sino lo que denomina «concesión... si quiera con carácter cautelar de la autorización que constituye precisamente el objeto del presente litigio» y ello en base al artículo 24 de la Constitución y la doctrina de apariencia de buen derecho

Visado

habida cuenta que el esposo reside legalmente en España, circunstancia esta que en su opinión justificaba la exención de visado que solicita.

(...).

Habida cuenta que el contenido del acto recurrido es la denegación de visado de entrada a una ciudadana extranjera residente fuera del territorio nacional, el carácter negativo del acto recurrido parece innegable pero no lo es menos que la recurrente en vía contenciosa de forma expresa ha solicitado una medida cautelar positiva y que en el caso que nos ocupa el esposo de aquella se encuentra residiendo legalmente en España, supuesto este que es uno de los previstos como justificativos de la concesión de visado de residencia en el Real Decreto 155/1996, en consecuencia tal y como señala la sentencia de instancia, este Tribunal Supremo, por todas Auto de 20 de diciembre de 1990, ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva «implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar», conclusión que viene impuesta por el principio general del Derecho que se resume en que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón». Ello «significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)».

En definitiva se trata de evitar que el proceso contencioso-administrativo se convierta, para quien se ve obligado a instarlo, en un instrumento inútil y, a la postre, gravoso para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, que la eventual sentencia estimatoria resulte ineficaz; en otras palabras, se trata de eludir que la ejecución del acto administrativo impugnado haga perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad (fórmula utilizada en el ámbito del recurso de amparo por el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Es evidente que tal efecto pernicioso para los derechos e intereses de quien impugna ante esta Juris-

dicción un acto o disposición de la Administración sólo se producirá cuando la situación creada por su ejecución resulte irreversible o, no siendo así, sitúe al (a la) recurrente en una situación tal que los daños o perjuicios que por ello se le (a) ocasionen sean de una entidad y naturaleza que el ulterior reconocimiento de su derecho en sentencia y la ejecución de ésta, pese a la reversibilidad de la situación creada con la ejecución de la actuación administrativa impugnada, resulten vanos.

Resulta, pues, que para conceder a quien la solicita la tutela cautelar, no es suficiente con que, mediante sus alegaciones, acredite que ostenta una apariencia de buen derecho en su pretensión, sino que, además, es preciso que la ejecución del acto administrativo que pretende se suspenda, que, en principio, goza de presunción de legalidad, haya de crear una situación irreversible o que, no siendo tal, cause al interesado daños o perjuicios de difícil o imposible reparación. En definitiva, volvemos al principio, de manera que en cualquier caso han de tenerse presente los criterios del artículo 122.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin olvidar nunca la medida en que el interés público demanda la ejecución (Exposición de Motivos de la misma Ley).

Resulta, pues, que en el caso de autos existe, al menos, una apariencia de que la pretensión de la parte actora puede prosperar, éxito de su acción que resultaría precario si teniendo a su cónyuge en España tuviera que esperar a la resolución del recurso para obtener la reagrupación familiar esperada, por lo que, de acuerdo con la doctrina expuesta, procede acordar la medida cautelar positiva por cuya virtud durante la sustanciación del presente litigio no será exigible al (a la) recurrente la obtención del visado a que se refiere el acto impugnado.

En consecuencia, también en este punto el recurso debe ser desestimado.”

Exención de visado

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 30 de mayo de 2003.

Recurso de Apelación: 41/2003.

Ponente: Sra. González García.

Voz: Denegación de tarjeta de residencia comunitaria y de exención de visado. Cuestión de competencia.

Resumen: El Tribunal estima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 26 de febrero de 2003 y en su lugar declara la competencia de esta Sala para el conocimiento del presente recurso que es objeto del mismo la resolución de 31 de enero de 2002 por la que se desestima el recurso de reposición contra la denegación del permiso de trabajo.

“Por lo que se evidencia que atribuida la competencia a las Salas en cuanto a la competencia territorial, el tema de la delegación de competencias, respecto a lo cual no se pronuncia el Tribunal Supremo, ha sido resuelto también por la Sala de Gobierno en el acuerdo n.º 11 de la reunión de 16 de mayo de dos mil tres en el sentido que debe ser competente la Sala donde tenga su sede el órgano delegante conforme a lo que establece el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, por lo que sentadas dichas premisas es evidente que el Auto de 3 de junio de 2002 inicialmente dictado por el Juzgado era correcto jurídicamente, sin embargo la Sala de Valladolid introduce el criterio incorrecto de la competencia de los Juzgados y además de Burgos con base también en un criterio erróneo ahora corregido por la Sala de Gobierno, todo esto ha repercutido negativamente en el justiciable que se ha visto desde julio de 2002 abocado a un peregrinaje desde Burgos a Valladolid y nuevamente aquí, si a ello añadimos que el actual Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, (...) entró en vigor el 1 de agosto de 2001, establece en su artículo 85 en cuanto a la competencia para resolver el expediente laboral, que corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado

del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales, la competencia para resolver sobre los diferentes permisos de trabajo establecidos en el presente Reglamento, tanto para trabajar por cuenta ajena como por cuenta propia.

Hoy esta materia es competencia propia de los Subdelegados y no por delegación, aunque dada la fecha en la que aquí se deniega inicialmente el permiso el 15 de noviembre de 2001 nos induce a pensar que cuando se presentó la solicitud dicho Reglamento no estaba en vigor, al no constar expresamente y para evitar un nuevo trasiego del recurso, para el que hoy es competente natural esta Sala, la misma se ve en la obligación moral de estimar el recurso y declarar la competencia de la misma para el conocimiento del citado recurso, comunicándolo al Juzgado al que se hará saber la asunción por la Sala del conocimiento de este recurso continuándose la tramitación del mismo conforme a derecho.”

EXENCIÓN DE VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 14 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 3689/1999.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Denegación de exención de visado. Tarjeta de residencia de familiar comunitario. Falta de acreditación de un período de tres años de matrimonio previo a la solicitud.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que estimó el recurso interpuesto contra dos resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya que acordaron respectivamente denegar la solicitud de exención de visado formulada por la demandante para la posterior tramitación de la expedición de la Tarjeta de residente de familiar comunitario.

Exención de visado

«El artículo 56 del Real Decreto 155 de 1996 que desarrolló la Ley Orgánica 7 de 1985, regula la solitud, requisitos y documentación necesarios para obtener la exención de visado, y su número 9 señala que «excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior». A su vez la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 en su disposición segunda se refiere a los motivos o razones para la concesión de la exención de visado y dispone que «podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos: g) Extranjeros que sean cónyuges de español o extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud».

(...).

Así en Sentencia de 21 de mayo de 2001 afirmamos que «en primer lugar, la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996, al requerir en su artículo 2.2.f) un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de solicitud de la exención de visado, se excede de lo previsto en el artículo 10.3.d) del Real Decreto 766 de 1992, de 26 de junio, modificado por Real Decreto 737 de 1995, y en el artículo 56.9 del Reglamento aprobado por Real Decreto 155 de 1996, por cuanto el primero alude a la dispensa de la presentación de visado de residencia por razones excepcionales y el segundo a la posibilidad de eximir excepcionalmente del visado de residencia por motivos de interés público, humani-

tario, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se presuma buena fe del solicitante.

La exigencia, impuesta por Orden Ministerial, de un período previo de matrimonio de tres años no sólo se extralimita de lo establecido en los aludidos preceptos reglamentarios sino que conculca claramente el principio constitucional de protección a la familia, recogido en el artículo 39.1 de la Constitución como ya expresamos en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2001, y se opone a lo establecido en los artículos 67 y 68 del Código civil, que imponen a los cónyuges el deber de vivir juntos, respetándose y ayudándose mutuamente en interés de la familia, razón más que suficiente para que los jueces y tribunales no otorguen eficacia alguna a lo dispuesto en el artículo 2.2.f) de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996, según lo establecido concordadamente por los artículos 9.3 de la Constitución, 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4 de 1999, de 13 de enero,

Tanto la protección a la familia (artículo 39.1 de la Constitución) como los deberes de los cónyuges (artículos 66 a 69 del Código civil) no vienen condicionados por el tiempo de duración del vínculo matrimonial sino que se producen desde el momento de contraer matrimonio, ya que éste, según el artículo 61 del Código civil, produce efectos civiles desde su celebración, de manera que cualquier precepto reglamentario que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado, como el de las razones excepcionales para dispensar del visado de residencia, y, por consiguiente, nos reafirmamos en nuestro criterio de considerar el vínculo matrimonial, salvo supuestos de separación, como razón o motivo excepcional para dispensar del visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio.

Expulsión

Lo contrario supondría establecer un principio contrario a la buena fe de los contrayentes, que, conforme al artículo 79 del Código civil, ha de presumirse, por lo que quien afirme lo contrario habrá de probarlo, como exige ahora el artículo 385.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1 de 2000 y antes el artículo 1250 del Código civil.

No olvidamos que la Ley Orgánica 4 de 2000, de 11 de enero, reformada por Ley Orgánica 8 de 2000, de 22 de diciembre, requiere, para ejercer el derecho a la reagrupación en España, que se haya residido legalmente en territorio español durante un año y se tenga autorización para residir durante otro año (artículo 18) y, para eximir por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener visado a los extranjeros, que, cuando la dispensa se solicite como cónyuge del residente, se acredite la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos durante otro año (artículo 31.7).

Estos preceptos sólo pueden ser interpretados y aplicados de forma que no se conculque el aludido principio constitucional de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 de la Constitución y que se salvaguarden los derechos y deberes de los cónyuges, entre ellos el de convivir desde el momento de la celebración del matrimonio, de manera que no nos pasa desapercibida la compleja tarea de exégesis que ahora pesa sobre los jueces y tribunales para interpretar y aplicar los aludidos artículos 18.2 y 31.7 de la Ley Orgánica 4 de 2000, reformada por Ley Orgánica 8 de 2000, dado que, según el artículo 32.1 de la propia Constitución el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, y desde ese momento nacen los derechos y deberes de los cónyuges (artículo 32.2 de la Constitución) establecidos por el Código Civil, entre los que, como hemos dicho, los artículos 67 y 68 de este cuerpo legal, contemplan la convivencia y la mutua ayuda, que difícilmente se conciben si se impide la reagrupación por un plazo más o menos largo o si cualquiera de ellos se ve obligado a salir del territo-

rio español para obtener un visado de residencia que, en principio, pudiera ser denegado, como prevé el artículo 25.5 de la mencionada Ley Orgánica».

En consecuencia procede desestimar el motivo aducido y confirmar íntegramente la Sentencia recurrida.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 16 de mayo de 2003.

Recurso de Casación: 464/2001.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Salida obligatoria. Inadmisión a trámite de solicitud de asilo.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre y representación de don J.A., contra el Auto de fecha 19 de septiembre de 2000, dictado por la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de solicitud de asilo.

“Articula el recurrente un único motivo de casación por infracción de los artículos 129.14 y 130.1 de la Ley Jurisdiccional por cuanto entiende, de una parte, que el acto recurrido, inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, tiene efectos positivos, la obligación de salir de España, y además en contra de lo que afirma la Sala *a quo* no estamos ante un supuesto de emigración económica, sino que existen razones de seguridad que justifican la petición ya que el recurrente tiene el temor fundado de ser perseguido por razones políticas, lo que hace que estemos, dice, ante un supuesto en que es aplicable la doctrina de apariencia de buen derecho.

El motivo no puede prosperar por cuanto la resolución recurrida, aunque se aparta de la doctrina de

Expulsión

esta Sala que sostiene que sí existe un efecto positivo cual es el deber de abandonar el territorio nacional en el plazo prefijado siendo posible suspender el acto cuando concurren circunstancias excepcionales que así lo aconsejen (Ss. 22 de abril y 29 de mayo de 1995 y 20 de julio de 1996) y por tanto debe ser corregida la doctrina de la Sala *a quo* en este punto, no es menos cierto que lo que determina la resolución recurrida es que la Sala de instancia entiende que estamos ante un supuesto de emigración económica y que la petición es manifiestamente infundada, afirmaciones estas de contenido fáctico que debían haber sido combatidas mediante la invocación de infracción de los preceptos que regulan la valoración de determinados medios de prueba o por falta de motivación, sin que sea suficiente la afirmación en contrario del recurrente, afirmación que no deja de ser un mero ejercicio de voluntarismo. Al no hacerse así es claro que el motivo debe ser desestimado.

Por otra parte la efectiva salida del territorio nacional no puede ser considerada motivo bastante para justificar una indefensión en el concreto proceso en que se impugna tal medida, así lo tiene reiteradamente declarado esta Sala, ya que en otro caso bastaría la interposición del recurso por dejar sin efecto en todos los casos la medida acordada. Tal situación de indefensión sólo puede invocarse si se tiene pendiente otro proceso distinto del seguido por la impugnación directa del acto recurrido, tal sería el supuesto de un proceso en que habiéndose impugnado la denegación de solicitud de regularización estuviésemos ante una expulsión por estancia ilegal.”

Tribunal: Auto del Juzgado de Instrucción número 7 de Zaragoza.

Fecha: 23 de mayo de 2003.

Voz: Expulsión. Nacionalidad colombiana. No procede el internamiento. La decisión administrativa no consta notificada al extranjero, éste niega su conocimiento y no ha sido

publicada en Diario Oficial.

Resumen: El Juzgado declara no haber lugar al internamiento del denunciado, de nacionalidad colombiana, solicitada por la Jefatura Superior de Policía, en el expediente abierto contra el mismo y en el que había recaído propuesta de expulsión.

“Que, por el Grupo Operativo de Extranjeros de la Jefatura Superior de Policía de esta Ciudad, se solicita de este Juzgado, en funciones de Juzgado de Guardia, autorización de internamiento en Centro de Detención de la c/ Tacona, s/n de Madrid, del ciudadano (...), de nacionalidad colombiano, quedando durante el tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión, sin exceder de 40 días, todo ello en virtud de resolución dictada por el Delegado de Gobierno en Aragón de fecha 24 de septiembre de 2002 por hallarse incurso en el artículo 53 apartado a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. Por último el artículo 64 de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2000 que establece que: si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores que no podrá exceder de 40 días.

Visto que el denunciado (...), de nacionalidad colombiana por no contar con los permisos de residencia y trabajo, es decir, por encontrarse ilegalmente en territorio nacional se incoó expediente de expulsión que dio lugar a la resolución de 24 de septiembre del año 2002 dictada por el Delegado de Gobierno de Aragón siendo la razón aducida para el acuerdo sancionador lo era al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

En el presente supuesto no se deduce que exista un acuerdo administrativo firme que apreciando causa legal de expulsión haya tomado dicha resolución, toda vez que la decisión administrativa no consta notificada al extranjero, éste niega su conocimien-

Expulsión

to, y no ha sido publicada en el Diario oficial, no pudiendo acreditarse con los documentos que constan en el expediente que sea firme ni por tanto la decisión ajustada al procedimiento reglamentario, razón que determina no pueda autorizarse la expulsión que se solicita al no poder tenerse por constatada la concurrencia de causas legales que esté constatada en expediente administrativo llevado a cabo conforme establece el reglamento.

Apreciado además que existe una solicitud de permiso de residencia en trámite junto con oferta de trabajo que no consta y ha sido resuelta, se estima que no es procedente el enjuiciamiento previo a la expulsión que se solicita.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 26 de mayo de 2003.

Recurso de Casación: 5591/1999.

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Expulsión. Denegación de asilo. Ciudadano turco.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra los autos dictados por la Audiencia Nacional que debía suspender y suspendía la eficacia del acto administrativo impugnado en el solo sentido de que con el mismo se pudiera justificar la salida o expulsión del territorio nacional.

“Don G., ciudadano turco, solicitó asilo en España, lo cual le fue denegado y contra esa decisión interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Audiencia Nacional a través del cauce previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción. Al mismo tiempo pidió como medida provisionalísima que se suspendiera la eficacia del acto denegatorio del asilo en el sentido de impedir su salida o expulsión del territorio nacional mientras se sustanciase el procedimiento judicial. La Sala.

(...).

Así, cita Autos de este Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 1987 y 4 de junio de 1991 en los que se dice que «debe ponderarse el interés público protegido por la norma que autoriza la expulsión del territorio nacional y la medida en que por la naturaleza de ese interés se exige la ejecución de la orden de expulsión, que, en principio, debe estimarse de mayor trascendencia que los daños y perjuicios que pueda sufrir el interesado que no ha hecho en esta instancia alegación alguna concreta de la que se desprenda que, efectivamente, por su arraigo en España, intereses económicos o familiares que le vinculen a esta nación, su salida de su territorio le pueda causar un perjuicio irreparable». Por eso, concluye el recurrente que, «considerando las especiales circunstancias del caso, es evidente que la suspensión del acto atacado vulneraría los intereses generales a que se refiere el artículo 130 de la LJCA, pues daría lugar a la paralización de los mecanismos sancionadores previstos en la legislación de extranjería, la cual desde luego encarna los intereses generales, a cambio del éxito de los intereses particulares del actor, usados por la simple presentación de una demanda judicial acompañada de una petición de suspensión».

(...).

En su escrito de oposición don G. solicitó la inadmisión del recurso porque se dan las circunstancias previstas para ello en el artículo 93.2.b) y d) de la Ley de la Jurisdicción ya que las citas hechas por el Abogado del Estado no guardan, a su entender, relación con las cuestiones debatidas y el recurso carece de fundamento. Niega, por otra parte, que se haya producido infracción de la jurisprudencia y subraya que la Sala hizo, antes de resolver, una ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso, lo que excluye todo atisbo de automatismo en la adopción de la medida cautelar. Por eso, tras citar diversos Autos y Sentencias de este Tribunal Supremo en apoyo de sus pretensiones, concluyó solicitando la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, su desestimación.

Expulsión

Cuando el Ministerio Fiscal presenta sus alegaciones se había dictado ya por la Audiencia Nacional la Sentencia de 16 de febrero de 2001 en el asunto principal, siendo su fallo desestimatorio del recurso de don G.

En atención a esa circunstancia y en virtud de la jurisprudencia existente al respecto, el Ministerio Fiscal pidió a la Sala que considerase que el recurso de casación había quedado sin contenido y que procediese al archivo de las actuaciones. Y eso fue lo que se acordó por Auto de 23 de julio de 2001. Ahora bien, don G. presentó frente al mismo un escrito solicitando aclaración o rectificación en el que tras alegar el artículo 132.1 de la Ley de la Jurisdicción, pidió que por la Sala se esclareciera 1) si el Auto de suspensión dictado por la Audiencia Nacional tiene plena virtualidad jurídica hasta que devenga firme la Sentencia dictada en los autos principales, lo que no sucederá hasta que se resuelva el recurso de casación contra ella que está tramitándose actualmente ante esta Sala y Sección. Y 2) si el Auto declarando sin contenido el recurso de casación viene a revocar o modificar el Auto de suspensión.

(...).

Es el parecer de la Sala que no se dan las causas de inadmisión alegadas por don G., pero que el recurso de casación debe ser desestimado. A esa conclusión le conduce, por una parte, el que la Audiencia Nacional, en su momento, antes de pronunciarse sobre la medida cautelar que se le pidió, tuvo en cuenta las circunstancias concurrentes y entendió que, de no adoptarla, existiendo como existe un Auto que accede a la extradición de don G. a Turquía, podría suceder que ésta se llevara a efecto con lo que quedaría vacía de contenido la decisión jurisdiccional que se tomase en el proceso contencioso-administrativo. Y esta razón sigue en pie ya que, según se ha dicho, está pendiente en esta Sala y Sección el recurso de casación 3570/2001 de don G. contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2001.

Así, pues, siendo previsible una decisión próxima sobre el mismo, pues ha concluido su tramitación y se halla a la espera de señalamiento para votación y fallo, y visto que, efectivamente, de acuerdo con el artículo 132.1 de la Ley de la Jurisdicción, las medidas cautelares establecidas en la instancia permanecen en vigor hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que han sido establecidas, la Sala entiende que no procede dejar sin efecto ahora la suspensión impuesta por la Audiencia Nacional, que es el resultado al que conduciría la estimación del recurso del Abogado del Estado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 30 de mayo de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1853/2001.

Ponente: D. José Abellán Murcia.

Voz: Expulsión. Principio de proporcionalidad. Actividad de “alterne”.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña C., contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 16 de noviembre de 2001, sobre expulsión del territorio nacional.

“Procede la desestimación del recurso, toda vez que los hechos determinantes de su expulsión no han quedado desvirtuados con la prueba practicada en contrario. En efecto, y como consecuencia de diligencias policiales practicadas en averiguación de supuestos delitos en materia de inmigración y sobre derechos de los trabajadores, se comprobó que a fecha de 8 de noviembre de 2001, la actora, junto con otras súbditas extranjeras, trabajaba en un club de alterne de la ciudad de C., careciendo de permiso de trabajo y hallándose irregularmente, además, en España, al no haber obtenido prórroga de estancia o permiso de residencia, habida cuenta de que su entrada en España lo había sido el 17 de marzo de ese año. Por lo que tales hechos integran las dos infracciones graves tipificadas en los apartados a) y b) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000,

Expulsión

de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, pudiendo acordarse la expulsión, en sustitución de la sanción de multa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.1 de esta Ley.

Y sin que a ello obste el que, una vez iniciado el expediente de expulsión, se solicitara por la actora permiso de residencia con la exclusiva finalidad de paralizar aquél. Pues de estimarse su pretensión se eludiría el cumplimiento de la Ley, máxime cuando el deseo de residir en España únicamente se hace patente cuando se inicia el expediente de expulsión.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 2 de junio de 2003.

Recurso de Casación: 6505/1999.

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Expulsión. Ciudadana colombiana. Actividad de “alterne”.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de doña E., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León sobre expulsión del territorio nacional.

“La Sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso-administrativo de doña E., ciudadana colombiana que se hallaba en España como turista, contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Burgos de 23 de diciembre de 1998 que ordenó su expulsión del territorio nacional en virtud de lo previsto en el artículo 26.1.f) de la Ley Orgánica 7/1985, con prohibición de entrada en el mismo –lo que suponía también prohibición para entrar en el espacio de Schengen– durante un período mínimo de tres años.

En efecto, la Delegación del Gobierno sostuvo, por un lado, que la Sra. E. ejercía la actividad de «alter-

ne» en el Club L., situado en (...) (Burgos), en el que vivía desde el día siguiente a su llegada a España y en el que fue detenida en ropa interior y sin acreditar medios lícitos de vida, lo que hacía aplicable el apartado f) del artículo 26.1 de la Ley 7/1985.

La Sra. E. negó en las alegaciones que formuló ante la Policía esa imputación, argumentando que era una turista con pasaporte en vigor y que disponía de medios económicos para realizar su visita a España, contando, además, con un billete de regreso a Colombia.

La Sala desestimó el recurso contencioso-administrativo de la actora en la sentencia ahora recurrida. Su fallo descansaba, en sustancia, en las siguientes razones. Considera probado que la Sra. E. se dedica al «alterne», actividad que es lícita. Sin embargo, no ha acreditado, correspondiéndole a ella esa carga, que mediante esa práctica obtiene ingresos para mantenerse. Como, por otra parte, tampoco justifica disponer de otros ingresos ni de patrimonio propio en su país y tampoco prueba vivir con otra persona que se haga cargo de sus gastos, entiende que es correcta la aplicación de la causa de expulsión antes señalada. Completa su razonamiento la sentencia, considerando que no basta la sola exhibición de una cantidad de dinero, pues bien podría haberle sido prestada a ese efecto. Por tanto, entiende que la resolución impugnada ha aplicado correctamente la causa de expulsión del apartado f) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

(...).

Tal como resulta de lo que la propia sentencia establece, la Sra. E. se hallaba legalmente en España dedicándose al «alterne», actividad cuya licitud reconoce. Sin embargo, la Sala de Burgos considera ajustada a Derecho la resolución que ordena su expulsión de España en aplicación de la causa prevista en el apartado f) del artículo 26.1 de la Ley 7/1985 pues entiende que correspondía a la recurrente demostrar que disponía de medios de vida y,

Expulsión

como no lo hizo, hay que entender que carecía de ellos.

Frente a esa interpretación, es el parecer de la Sala que el criterio procedente en casos como el presente es el sentado por la jurisprudencia alegada en el recurso de casación. Es decir, que corresponde a la Administración sancionadora –y aquí se está aplicando la sanción administrativa de expulsión del territorio español– probar los hechos constitutivos de la infracción que pretende castigar. Y, ciertamente, no lo ha hecho. La sentencia de instancia da por buena la afirmación de la policía de que la actora carece de ingresos como consecuencia de la actividad de «alterne» que practica y resta valor al dinero en efectivo que aquella pudiera haber exhibido porque dice que podría habersele prestado a ese solo efecto. Sin embargo, nada hay en el expediente que acredite que haya sido así, fuera de genéricas consideraciones en los informes de la Policía sobre lo que suele suceder en casos como éste. Frente a ello, es verdad que el Comisario-Jefe del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Barcelona informa, en su escrito de 7 de mayo de 1999, incorporado como prueba a los autos, que la Sra. E. entró legalmente como turista en España «al cumplir con los requisitos legales exigidos en virtud de lo estipulado por el artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en el que se contempla documentación válida para el cruce de fronteras, exigencia de medios económicos, motivación del viaje, carecer de prohibición de entrada en España y no estar incluido en el S.I.S. (Sistema Informático Schengen)».

Así, pues, no puede considerarse que haya prueba de lo que la Administración sostiene. Y puestos a afirmar que el «alterne» no proporcionaba ingresos regulares a la Sra. E., tenía que haber probado que el empleador de la recurrente retenía la totalidad de los ingresos generados por la actividad que ésta realizaba sin pagarle ninguna cantidad y no lo ha hecho. La sanción se sustenta solamente en manifestaciones policiales genéricas carentes del apoyo de datos o circunstancias concretas y en que la Sra.

E. no ha demostrado que percibe ingresos regulares como producto de su actividad. Se dan, pues, las condiciones para entender aplicable la doctrina contenida en las Sentencias de este Tribunal Supremo alegadas por la actora y, a la luz de lo que dicen, apreciar que la Sentencia de la Sala de Burgos, en la medida en que ha dado por buena una actuación administrativa sancionadora carente de la necesaria base probatoria, ha infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia de la actora. Eso nos conduce a la estimación del recurso de casación, con la consiguiente anulación de la sentencia de instancia y, también, a la estimación del recurso contencioso-administrativo, ya que la resolución recurrida es contraria a Derecho al vulnerar el artículo 24.2 de la Constitución, y debemos declarar su nulidad.”

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid.

Fecha: 20 de junio de 2003.

Ponente: D. Francisco Racionero Carmona.

Voz: Expulsión. Rechazo en frontera. Retorno.

Resumen: El Tribunal estima el recurso formulado por la parte recurrente y declara no ajustada a Derecho la resolución impugnada por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente.

“Según resulta del expediente administrativo (f. 2 y 3),

a) El recurrente que está soltero y viaja solo, manifiesta venir en viaje de turismo sin bien desconoce qué lugares turísticos o de interés cultural tiene pensado visitar limitándose a hacer una referencia genérica a «Madrid y Barcelona»; el tiempo de estancia previsto es de 25 días.

b) No ha contratado con ninguna agencia turística ni presenta reserva hotelera ni tiene familia en España, aunque sí amigos, de los que ignora su paradero.

Expulsión

c) Se afirma en el expediente que aquél «dice tener» 1.750 \$ en efectivo –no tarjeta de crédito o cheques de viaje– y que no presenta «ningún documento que justifique el origen del dinero».

No obstante en el informe-propuesta del Principio actuante sí se reconoce que presenta 1.700 \$ en efectivo.

d) No consta, por último, si tenía o no billete de retorno, ni se le ha inquirido por los medios de vida en el país de origen aunque, según manifiesta el recurrente «en su país acaba de terminar sus estudios de administración de empresas y que el viaje se lo ha pagado su padre por terminar los estudios».

(...).

A nadie se le puede hacer un examen de geografía, de historia o cultura españolas; a nadie se le puede exigir que, previamente, tenga familiares en el territorio nacional pues, aplicando la tesis de la resolución originaria el primer familiar que intentó entrar en España ya fue rechazado; a nadie se le puede exigir que, para viajar a otro país, necesariamente deba contraer matrimonio o hacerlo acompañado.

No se alcanza a entender del todo a qué se refiere el acta –f. 2 citado– cuando afirma que el recurrente no presenta ningún documento que justifique el origen del dinero; cabe, pues, preguntarse si se está refiriendo a la nómina de su salario o al documento de cambio de moneda, pero en cualquier caso acreditar el origen de dinero metálico no es tarea fácil a estos efectos.

Por otro lado, no todos los turistas que visitan España viajan con reserva de hotel o con un poder adquisitivo significativo y, por el contrario, aproximadamente 70 euros diarios permiten una estancia modesta, desde luego, pero posible, y a este respecto el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de junio de 2001 ha señalado que «en cuanto a la segunda de las causas por las que la Administración ha justificado

la expulsión –carecer de medios ilícitos de vida– que la ciudadana colombiana expulsada cambió 1.500 dólares (178.320 pesetas) (...), lo que en principio acredita una disponibilidad económica que no cabe sin más calificar como de origen ilícito, sin haber ofrecido antes algún elemento o indicio de cargo que efectivamente puede conducir a esa calificación de ilicitud del origen de dichos 1.500 dólares, pues lo único que resulta del expediente es que la actora obtuvo el contravalor en pesetas de la divisa mencionada, sin que este dato objetivo, que de por sí solamente prueba la disponibilidad de la suma correspondiente para atender las necesidades vitales, pueda convertirse sin más, por una pura afirmación de la autoridad administrativa sin soporte probatorio alguno, en una prueba de cargo de ilicitud del origen para justificar el acto de la expulsión», en cualquier caso, no parece dudoso que existan nacionales que disponen de cantidades menores para sobrevivir.

Así, pues, la Administración pública ha aplicado, a juicio del proveyente, tanto un estándar social erróneo al objeto de la estancia y a los medios de vida de que dispone el recurrente, como no ha documentado con el suficiente rigor las afirmaciones base de que trae causa con afirmación presumida, es decir, el incumplimiento por el momento de los requisitos de entrada.

Pueden surgir, desde luego, dudas, sospechas incluso, de que el reiterado objeto es la entrada legal para devenir ilegal la permanencia en el territorio nacional, pero por tratarse de la limitación de un derecho, por muy de conformación legal que éste sea, ha de exigirse una probanza más sólida o, al menos, unos indicios más precisos; los extranjeros, y no es ocioso reiterarlo, gozan, en los términos de la ley y los Tratados desde luego, los mismos derechos –de todos los contemplados en el título 1, a salvo lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 13 de la CE y, con las matizaciones que no son del caso hacer ahora, del artículo 14–. Este mandato constitucional no puede, por la vía del proceso aplicativo de la norma que lo conforma y regula, quedar vacío de contenido

Expulsión

haciendo interpretaciones que desbordan cualquier estándar de interpretación e intelección, que serían rotundamente realizados en otro ámbito de la actividad administrativa y, en todo caso rechazables si se aplicasen a los nacionales españoles por otros Estados los mismos criterios mediante la reciprocidad.

Finalmente, la Administración demandada ha aportado una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJM que, en su decir, avala la tesis de la resolución impugnada. Sin embargo, la misma ha sido dictada en procedimiento especial de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, que tiene su propia especificidad y, por ello, no se pronuncia sobre lo que constituye el objeto principal de este procedimiento; únicamente en el fundamento de derecho 7º, párrafo 2º alude a las circunstancias concretas que motivaron la resolución de rechazo en frontera y retorno, pero conectándolas con el requisito de la motivación. Y, solo muy tangencialmente, casi *obiter dicta* –pues está analizando, como se ha dicho, la motivación de la resolución administrativa– afirma que «Ello hace que no esté demostrado, como la Administración afirma, la razón de su viaje».

Procede, en consecuencia, declarar no ajustado a Derecho el acto administrativo impugnado y, en consecuencia, declararlo nulo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 25 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 3524/1999.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Expulsión. Ciudadana nigeriana.

Resumen: El Tribunal casa la sentencia de instancia que tuvo por allanada a la Administración y dictó sentencia estimando las pretensiones de la actora. Se anula la sentencia y se confirma el acuerdo recurrido que acordó la expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años.

“En cuanto al fondo del asunto se remite el Sr. Abogado del Estado a las razones esgrimidas en su escrito a la contestación a la demanda ante el Tribunal de instancia, y, por otra parte, argumenta que el error padecido por la Sala de instancia fue manifiesto al basarse en un allanamiento inexistente, lo que dio lugar igualmente a una aplicación errónea del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder judicial, al desestimar la solicitud de declaración de nulidad de la sentencia con el supuesto fundamento de un recurso de casación, toda vez que entre las funciones atribuidas al Tribunal Supremo no es la principal corregir errores materiales manifiestos de los Tribunales inferiores. Y añade que el error es tanto más evidente porque en el proceso una de las partes es la Administración representada por la Abogacía del Estado, a la que estatutariamente no le está permitido allanarse a pretensiones dirigidas contra el interés público que patrocina.

(...).

La Sala de instancia procedió con arreglo a Derecho cuando denegó el incidente de nulidad que de oficio había planteado, porque en la tramitación del proceso no se había producido defecto formal alguno que causase indefensión a la parte a la que perjudicaba, en este caso la Administración demandada, puesto que no pudo denunciarse antes de recaer sentencia ya que fue ésta la que incurrió en el error que debe corregirse. Y, por otra parte, ese error, que es evidente, no podía enmendarse sino por medio del recurso que el Ordenamiento reconoce frente a la sentencia, como mantiene el artículo 240.3 trascrito, el de casación en este supuesto. No se trataba de corregir un error material manifiesto ni un error aritmético sino que la corrección a efectuar en la sentencia obligaba a variar la misma, algo que proscribire el artículo 267 de la Ley Orgánica citada.

El error en que incurrió la Sala al pronunciar su sentencia es patente; no existe escrito alguno de allanamiento de la Administración, pero, si hubiera existido, tampoco hubiera sido suficiente para que la Sala

Expulsión

hubiera tenido a la Administración por allanada. La Ley de la Jurisdicción de 1956 aplicable al proceso, en el artículo 89.1 disponía que «los demandados podrán allanarse al recurso contencioso administrativo, con los requisitos exigidos en el párrafo 2 del artículo anterior», y ese párrafo en el supuesto de allanamiento de la Administración Pública, exigía presentar «testimonio expedido por funcionario competente del acto en que se acuerde el desistimiento, (allanamiento en este caso), con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes respectivas». En similares términos se manifiestan los artículos 75.1 y 74.2 de la Ley vigente de 13 de julio de 1998.

(...).

La resolución recurrida en la instancia dictada por el Gobierno Civil de Álava el cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, acordó la expulsión del territorio nacional de la ciudadana nigeriana recurrente con la prohibición de entrada en España por un período de tres años al hallarse de modo ilegal en el territorio nacional por no haber obtenido la prórroga de estancia o el permiso de residencia que le eran exigibles y por carecer de medios lícitos de vida, y ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados a) y f) del número 1 del artículo 26 de la Ley Orgánica 7 de 1985, de 1 de julio.

En el expediente consta que la recurrente cuando fue detenida en el Hostal G. de Álava en febrero de 1996 llevaba según su propia declaración dos años en España, y carecía de toda documentación y había solicitado asilo en nuestra patria, petición que había sido inadmitida a trámite por la autoridad competente. Durante ese tiempo manifestó que se alojaba en casas de amigos que proveían a sus necesidades. Según la policía en el Hostal en el que se le detuvo ejercía la actividad de alterne y la prostitución, hecho este que ella niega.

En la demanda se afirma que la recurrente estaba en España legalmente, puesto que había solicitado asilo y pretendía regularizar su situación, y se niega

que ejerciera actividad ilegal alguna. Sin embargo hay un hecho indudable, y es que la recurrente en contra de lo que se afirma estaba en situación ilegal puesto que carecía de cualquier permiso para permanecer en España y se le había denegado el asilo y debía haber abandonado el suelo español como consecuencia de lo expuesto.

Así las cosas procede confirmar el Acuerdo del Gobierno Civil de Álava recurrido en la instancia y mantener la expulsión en los términos en él recogidos al estar la recurrente ilegalmente en España.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 16 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 4427/1999.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Expulsión. Ciudadano iraní.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don L.A., contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que dispuso la expulsión del territorio nacional del ciudadano iraní.

“La Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, dictó Sentencia en dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve en la que desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Gobierno Civil de Málaga de 30 de mayo de 1994, que dispuso la expulsión del territorio nacional del ciudadano iraní don L.A. por estar incurrido en las causas a) y c) del artículo 26 de la Ley Orgánica 7 de 1985 por «encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles y por estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países».

Permiso de residencia

Frente a la Sentencia citada se interpuso en su momento recurso de casación que como dijimos fue admitido.

Como afirma el artículo 92.1 de la Ley 29 de 1998, de 13 de julio, que regula la jurisdicción Contencioso Administrativa el escrito de interposición del recurso «expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas». Pues bien el examen del escrito por el que se interpuso el recurso de casación nos permite declarar en este momento de acuerdo con lo dispuesto en los apartados a) y b) del número 2 del artículo 93 en relación con el 95.1 de la Ley vigente inadmisibles el recurso y por ello desestimarlos.

Esta decisión no ofrece duda para la Sala toda vez que el escrito al que nos referimos carece de motivo alguno que se ajuste a los recogidos en el artículo 88.1 de la Ley 29 de 1998, y, lejos de ello, el escrito se limita a reiterar las circunstancias que concurrían en el recurrente y a exponer las cuestiones que planteó en la instancia, sin oponerse a la sentencia que recurre, se refiere a cuestiones nuevas que no expuso en el proceso como por ejemplo la relativa a la extinción de la responsabilidad penal y civil en que en su momento incurrió el recurrente.

En consecuencia procede desestimar el recurso de casación planteado.”

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 11 de abril de 2003.

Ponente: D. Antonio Rubio Pérez.

Voz: Residencia temporal. Denegación de la autorización para trabajar. Situación de arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Navarra desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución por la que no se autoriza al recurrente la residencia temporal por la acreditación de la situación de arraigo y se le deniega la autorización para trabajar.

“El recurrente solicitó en su día permiso de residencia temporal al amparo del artículo 31.4, LO 4/2000 por entender que se daba en él la situación de arraigo a que el mismo se refiere toda vez que se encontraba en España antes del 23 de enero de 2001 y poseía una oferta de trabajo.

Lo que sobre ello se alega en la demanda es, además de su estancia desde antes del 23 de enero de 2001, que se encuentra empadronado y tiene una oferta real de trabajo.

Venimos repitiendo que tales circunstancias no acreditan la situación de arraigo considerada por la jurisprudencia como la de aquel extranjero que tiene con el territorio o los legalmente residentes en él unos especiales vínculos familiares, sociales o económicos, vínculos que no prueba el demandante.

Alega también que en la tramitación del expediente administrativo se infringieron los artículos 70 y 71 de la Ley 31/1992 que obligan a abrir un trámite en el que el interesado pueda aportar los documentos que avalan su pretensión, trámite que no abrió para él.

Evidentemente el recurrente confunde el sentido de tales preceptos: aquí no se trata de que no se aporten los documentos sino de que los aportados no acreditan lo que se pretende acreditar, que es cosa distinta. Por otro lado, las normas se refieren a documentos preceptivos y en el caso no los hay de tal clase pues los hechos a probar pueden serlo por cualquier tipo de documento que tengan en sí mismos el valor probatorio requerido.

Permiso de residencia

Arguye también que la resolución notificada al interesado no fue firmada por el Delegado del Gobierno sino por la secretaria de la Delegación por lo que se habría incurrido en incompetencia.

No hay tal. Visto el expediente, lo que de él resulta es que la resolución original fue dictada y firmada por el Delegado del Gobierno siendo la remitida al interesado mera copia de la misma emitida por la Secretaria a efectos de notificación.

Y por último, se dice que la resolución carece de motivación suficiente.

Sobre ello nos venimos pronunciando, ya repetidamente (Sentencias por ejemplo, de 27 de febrero de 2003 y 24 de marzo de 2003) en el sentido de que, desde la doctrina del Tribunal Constitucional referida a la extensión y suficiencia de la motivación que ha de entenderse bastante, aunque sea sucinta, si con ella se alcanza a comprender la razón de la decisión, ha de entenderse que es suficiente con la ofrecida en la resolución recurrida pues claramente se deduce de ella que la razón de la denegación es, precisamente, la de no acreditarse la situación de arraigo mediante la prueba aportada por el solicitante.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 25 de abril de 2003.

Ponente: D. Joaquín M.ª Miqueleiz Bronte.

Voz: Residencia temporal. Situación de arraigo. Denegación de la autorización para trabajar.

Resumen: El Tribunal desestima la resolución recurrida de la Delegación del Gobierno en Navarra, por la que no se autoriza la residencia temporal por la acreditación de la situación de arraigo y se deniega la autorización para trabajar al recurrente.

“A la vista de las alegaciones hechas por las partes, expediente administrativo remitido y pruebas practicadas en estos autos se desprenden, a juicio de la

Sala, los siguientes hechos probados, básicos para la resolución de las pretensiones ejercitadas por las partes: Con fecha 31 de julio de 2001 el actor solicitó permiso de trabajo y residencia temporal al amparo del artículo 31.4º de la LO 4/2000. Por resolución de 7 de marzo de 2002 se le denegó tales permisos por la no acreditación de arraigo en España.

A la vista de tales hechos es preciso dar respuesta a la pretensión ejercitada por la parte actora y contenida en el suplico de la demanda de que se anule la Resolución y, basándose para ello en que el actor tiene arraigo en España y no es de aplicación la normativa reglamentaria invocada en la resolución recurrida.

El artículo 31.4º de la LO 4/2000, al amparo del cual el actor solicitó el permiso de residencia y trabajo, establece que podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos reglamentariamente previstos.

Es decir que como quiera que el actor no está pretendiendo una regularización sino un permiso de residencia temporal al amparo del artículo 31.4º de la LO 4/2000 la que tiene que acreditar es la situación de arraigo alegada al margen de otras circunstancias propias más bien de regularizaciones ordinarias o extraordinarias.

El concepto de arraigo ha sido jurisprudencialmente tratado y reconducido a sus justos términos. Dicho concepto de arraigo hay que entenderlo como los vínculos que unen al extranjero con España ya sean de tipo familiar, social, económico, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitada.

Tal arraigo, así entendido, no se da en el presente caso ya que el actor invoca como motivos funda-

Derecho al trabajo

mentales el hecho de residir en España con anterioridad al 23 de enero de 2001, lo que acredita con certificación del párroco de San Adrián que manifiesta que el citado desde finales de 2000 se presenta en dicha Parroquia pidiendo comida y ropa. Así mismo, alega, tiene una oferta de trabajo como peón agrícola, pero no un trabajo en firme y estable.

Ninguna otra razón se alega para justificar dicho arraigo, por lo que éste se estima no justificado en el sentido expresado por la Jurisprudencia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 30 de abril de 2003.

Ponente: D. Antonio Rubio Pérez.

Voz: Residencia temporal. Acreditación de la situación de arraigo. Autorización para trabajar.

Resumen: El Tribunal estima el recurso y anula, por ser contraria al ordenamiento jurídico, la resolución recurrida, declarando el derecho de la recurrente al permiso de residencia y trabajo solicitados.

“La recurrente formuló en su día «solicitud de permiso de residencia temporal» al amparo del artículo 31.4 de la LO 4/2000 por arraigo alegando encontrarse empadronada en España y contar con una oferta de trabajo.

Reiteradamente, venimos diciendo que tales hechos, por sí solos, no son generadores de la situación de arraigo que el citado precepto contempla. Por tanto, la resolución aquí recurrida se ajustó a la legalidad al denegar la solicitud.

Sucede, sin embargo, que en el proceso jurisdiccional se ha demostrado que con posterioridad a la misma la interesada ha contraído matrimonio con un extranjero con residencia regular en España. Con ello se constituye un vínculo familiar que en el concepto jurisprudencial sí genera a favor de los vinculados el arraigo en cuestión suficiente para el otorgamiento del permiso solicitado.

En consecuencia –y aun reiterando su legalidad– carecería de sentido mantener la resolución recurrida abocando a la demandante a un nuevo procedimiento administrativo cuyo resultado estaría ya prejuzgado. El carácter ya pleno, no meramente revisor, de esta jurisdicción lo permite.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Fecha: 7 de octubre de 2003.

Recurso: Casación para unificación de doctrina n.º 2153/2002.

Ponente: D. José María Botana López.

Voz: Procede reconocer la prestación de Incapacidad Permanente como consecuencia de accidente de trabajo al trabajador extranjero que carece de permiso de residencia y trabajo.

“TERCERO: En el estudio de las censuras jurídicas vertidas en el segundo motivo, es necesario tener presente que el artículo 124 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 prevé en su número 1 que «Las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario». A ello añade el número 4 del mismo

Derecho al trabajo

precepto que «No se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo...» y, el artículo 125,3 dice que «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones».

El aludido campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social viene definido en el artículo 7 de la misma Ley, comprendiendo en su número 1 a «los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional» y, se reglamenta en las sucesivas Leyes de Seguridad Social por la aún vigente Orden de 28 de diciembre de 1966. Esta disposición, en el artículo 1.4 establece que «Estarán incluidos en este Régimen General, en cuanto reúnan las condiciones del número 1 de este artículo, excepto la relativa a nacionalidad.- a) Los súbditos de países hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños, que residan en territorio nacional, equiparados a los españoles, en los términos y condiciones que cada caso acuerde el Gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el número 4 del artículo 7 de la Ley de la Seguridad Social. En todos aquellos casos en que el Gobierno no haya acordado expresamente los términos y condiciones de equiparación se entenderá existente ésta de forma absoluta. b) Los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional».

La ratificación por España mediante Instrumento de 23 de febrero de 1967 (*BOE* de 7 de junio), del Convenio de la Organización Internacional de Trabajo

número 97 sobre trabajadores migrantes (revisado) 1949, que fija los términos en que dichos trabajadores han de ser equiparados a los nacionales en materia de Seguridad Social, determinó la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, que indica en su número 1 que a los efectos del artículo 7 de la Ley de Seguridad Social, quedarán equiparados a los españoles, en los términos y condiciones que señalan en los apartados siguientes: «b) Los súbditos de países hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio español y estén comprendidos en las categorías de trabajadores a que se refiere el párrafo segundo del apartado anterior, en los términos y condiciones que en cada caso acuerde el Gobierno y, en forma absoluta, en todos aquellos en que el Gobierno no haya acordado expresamente dichos términos y condiciones.- c) Los súbditos de países no enumerados en el apartado anterior y que estén comprendidos en las categorías de trabajadores a que se refiere el párrafo segundo del apartado a) en cuanto así resulte de los convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o les sea aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida, entendiéndose, en todo caso reconocida la reciprocidad respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional».

El citado Convenio relativo a los trabajadores migrantes, n.º 97, establece en su artículo 6 que «Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes: (...) b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales,...)». Precepto que ha de entenderse complementado por la Recomendación n.º 151 sobre los Trabajadores migrantes, en cuanto dispone en su apartado 8.3, que «Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán

Derecho al trabajo

de disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social...».

Por su parte, el Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, n.º 19 de la OIT, que fue ratificado por Colombia (país de origen del actor), en 1993 y por España por Decreto Ley de 24 de marzo de 1928 dispone, en su artículo 1.1 que «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo».

La conjunción de todas estas normas determina la reciprocidad a que se refiere el artículo 7.4.2º de la Ley General de la Seguridad Social, para gozar de la protección de este sistema a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo.

Incluso la Sentencia de la Sala 4ª (contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de marzo de 1976, nos dice «Que en la Base 2ª de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, expresamente se incluyen en el campo de aplicación 'a los súbditos de los restantes países' y 'se estará a lo que disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida', principio, éste, de reciprocidad que tiene su natural anclaje en el ámbito de las normas rectoras de puro Derecho Internacional, reconocido en el campo de la Seguridad Social y recogido también en el artículo 7.4, último inciso del mismo, Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto articulado I de la Ley de Bases antes citada, cuya efectividad y eficacia

jurídica fue objeto de aplicación y desenvolvimiento por la resolución de la Dirección General de fecha 15 de abril de 1968, que en su apartado 1.a) dispone que 'Los trabajadores inmigrantes que se encuentran legalmente en el territorio español, sin discriminación de la nacionalidad, raza, religión o sexo, sin perjuicio de lo establecido en Convenios o Acuerdos Internacionales para la conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición' se equiparan a los españoles y aun cuando la referida resolución es puesta en duda respecto a su valor y eficacia, hemos de tener en cuenta que la Orden de 28 de diciembre de 1966, dictada al amparo de lo prevenido en la disposición final tercera del Decreto 907/1966, de 21 de abril, en su artículo 1.4.b) inciso último, dispone que 'La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales', ahora bien, la equiparación a los españoles se deriva de lo acordado en el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo n.º 97, sobre trabajadores migrantes, ratificado por España mediante Instrumento de 23 de febrero de 1967, de modo que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, los extranjeros, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, se equiparan a los españoles, y esta situación perfectamente definida, nos conduce a la desestimación de la demanda en base a la aplicación no solo del principio reconocido de reciprocidad tácita, sino a las normas de carácter expreso expuestas anteriormente».

Bajo la vigencia de la Ley Orgánica de 4/2000, de 11 de enero, la Sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 (recurso 008/4217/02), señala que «el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las

correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900».

A tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4 y 8 de 2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuyo país de origen ratificó el Convenio n.º 19 de la OIT, pues al estar también ratificado por España obliga a este Miembro a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, lo que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, en su número 1, en relación con el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.”

* * *

NOTA: La sentencia que ahora extractamos resuelve un nuevo supuesto de prestaciones de Seguridad Social, en concreto de incapacidad permanen-

te, como consecuencia de lesiones sufridas en accidente de trabajo por un nacional colombiano que carece de permiso de residencia y trabajo y, consecuentemente sin encontrarse de alta en la Seguridad Social. En los números precedentes de esta Revista hemos dado cuenta de la doctrina judicial vacilante en torno a su reconocimiento y, a la finalmente unificada doctrina contenida en la STS de 9 de junio de 2003 (véase el número 4 de esta Revista, crónica de jurisprudencia, voz *derecho al trabajo*, pp. 199-201). La presente sentencia reitera la doctrina unificada, por lo que resultaría ocioso reiterarnos en los comentarios vertidos anteriormente. Sin embargo, sí que puede resultar interesante detenernos brevemente en la siguiente cuestión. En este caso, parece que la fundamentación jurídica principal que sustenta el reconocimiento de la prestación controvertida es la contenida en la normativa internacional, en concreto el Convenio de la OIT n.º 97, sobre trabajadores migrantes (revisado) de 1949 y que determinó la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968 y el Convenio de la OIT n.º 19, sobre la igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, ambos ratificados por el Estado Español. La conjunción de estas normas determina la reciprocidad a que se refiere el artículo 7.4.2º de la LGSS, para gozar de la protección de este sistema a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo. Visto el todavía controvertido alcance del artículo 36.3 de la LO 4/2000, tanto en su redacción originaria como en las modificaciones operadas por LO 8/2000 y LO 13/2003 (véase el artículo 48 de la Ley 62/2003 de Medidas de Orden Fiscal, Administrativo y Social que altera el alcance de su última reforma), resulta interesante que existan basamentos legales ajenos a la LOEx que permitan reconocer al extranjero que presta servicios de forma irregular, al menos, los derechos de seguridad social derivados de contingencias profesionales.

Derecho al trabajo

Tribunal: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Fecha: 29 de septiembre de 2003.

Recurso: Casación para unificación de doctrina n.º 008/3003/2002.

Ponente: D. José María Botana López.

Voz: Validez del contrato suscrito por trabajador extranjero no comunitario que ha solicitado permiso de trabajo sin que conste su concesión, respecto a los efectos de su despido.

“PRIMERO: El empresario demandado formula el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación, confirmatoria de la de instancia declaró la existencia de un despido nulo condenando a la readmisión de la actora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como al pago de los salarios de tramitación. Se tuvo como seleccionada a los efectos del requisito de contradicción, la Sentencia de 25 de abril de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como más moderna de las citadas ante la falta de elección expresa por la recurrente dentro del plazo concedido y, se denuncia infracción de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, 7.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la normativa general de extranjería, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio y, su Reglamento de Ejecución aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (artículo 75.2), Leyes Orgánicas 4/2000 (artículo 15) y 8/2000 y el Reglamento que desarrolla dicha Ley derogatoria de la anterior.

En la sentencia combatida son hechos probados trascendentes a los efectos del requisito de contradicción en los términos exigidos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral: que la demandante de nacionalidad argentina inició la relación laboral el 24 de agosto de 2000; que en fecha 11 de enero de 2001 solicitó permiso de trabajo y residencia en España; que tales permiso de trabajo y residencia así como la autorización empresarial para emplear estaban en curso en el momento del cese de la demandante, no constando que dichas autorizaciones o permisos fuesen denegados; y, que el 30 de

julio de 2001 se le notificó verbalmente que no volviera a trabajar, por estar despedida, sin que le notificara por escrito siendo el motivo del despido el haber planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada.

(...)

A tenor de lo expuesto se ha de concluir que existe contradicción, en cuanto a la primera de las cuestiones abordadas por la sentencia combatida, es decir, la referente a la existencia o no de contrato de trabajo válido entre las partes en donde el trabajador es extranjero no comunitario que carece de permiso de trabajo y residencia, que sí había solicitado y se hallaba en trámite cuando se formulan los ceses de los trabajadores.

SEGUNDO: Sobre la cuestión que se puede debatir al concurrir el requisito de contradicción y denuncia de infracción legal, la válida existencia de contrato de trabajo como por tratarse de ciudadano extranjero no comunitario que carecía de la correspondiente autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo, procede tener en cuenta que cuando se procede al cese de la aquí demandante se encontraba en vigor (y era de aplicación) la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuyo artículo 33, si bien en su apartado número 1, dispone que «Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo», ello se matiza en el párrafo segundo del número 3, cuando establece que «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener la autorización previa al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Matización que establece con toda claridad, que el contrato de

Derecho al trabajo

trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo. Así, en este sentido, ya se pronunció esta Sala en Sentencia de 9 de junio de 2003 (recurso 008/4217/02) –fundamento de derecho tercero, apartado 2–, sobre responsabilidad de la empresa en accidente de trabajo sufrido por ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia, que después de hacer cita del artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, entiende que «Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo...».

Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente, en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente al «extranjero no autorizado para trabajar» –que es a tenor de lo dispuesto en el número 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia– y, establece en tal caso que los empresarios «deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales». A lo que añade, el párrafo segundo de dicho número 3, que «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Sala de lo Social.

Fecha: 25 de marzo de 2003.

Recurso: Suplicación n.º 1429/2002.

Ponente: D. Jesús Rentero Jover.

Voz: Calificación como laboral de la relación existente entre una Comunidad de bienes y un trabajador rumano que posteriormente al inicio de la misma obtiene su permiso de trabajo.

“TERCERO: (...) Esta Sala entiende que existe un interés suficiente para el ejercicio de la acción planteada, que es propio del orden social de la jurisdicción, conforme al artículo 2.a) de la LPL, lo que además no ha sido cuestionado en ningún momento por los intervinientes. Y en ese sentido, procede entrar a valorar jurídicamente la existencia de prestación de trabajo retribuido entre el demandante y una de las partes codemandadas, al menos hasta febrero de 2001 (hecho probado tercero), con el recurrente, trabajador extranjero no comunitario, sin permiso de trabajo (hecho probado primero), y la calificación que deba de dársele a la misma.

El artículo 36.3 de la vigente Ley de Extranjería, señala que los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberá obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del mismo precepto, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Añadiendo que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que ello dé lugar, «no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». La discusión se centra entonces en determinar si, como era doctrina habitual antes de la nueva normativa de extranjería, pese a que nada decía en ese sentido la anterior norma de extranjería (LO 7/1985), es de aplicación el artículo 6.3 del Código Civil, del que derivaría la nulidad de contrato, en relación con los artículos 7.c) y 9.2 del ET, consecuencia de entender que la existencia de la preceptiva autorización es elemento indispensable para su validez. Se debe de insistir, aunque no existiera previsión normativa expresa al efecto, pero sí elaboración jurisprudencial, o si por el contrario, atendiendo a lo que establece el mencionado precepto en la nueva regulación, tal carencia no invalida ahora el contrato de trabajo realmente existente entre las partes.

El tema no es de fácil disquisición, debido entre otras cosas a una redacción algo compleja del precepto actualmente vigente (LOEx de 22-12-2000), y a

Derecho al trabajo

la modificación sufrida por la primitiva norma de extranjería, así como por esa anterior tradición jurisprudencial mencionada. Pero sin duda alguna, la existencia de una nueva ordenación normativa, debe de entenderse que comporta inexcusablemente una reorientación de la anterior interpretación, que debe de acomodarse a la nueva regulación introducida. Que por otra parte, parece más ajustada a la esencialidad de la realidad de las relaciones existentes, a las exigencias generales de la contratación que derivan del artículo 1261 del Código Civil, y al principio de no primar a quien se beneficia de la relación de trabajo irregular, eliminándole en su favor buena parte de las consecuencias jurídicas gravosas para el mismo de una relación de trabajo, que vendrían derivadas de su conceptualización como de laboral. Y terminando así con una cierta hipocresía conceptual, favorable a la parte incumplidora y que, además, es teóricamente la dominante de la relación.

Así se ha entendido, a nivel de doctrina científica, por parte de algunos destacados especialistas (Rodríguez-Piñero, Ramos Quesada, Tarabini-Castellani), así como también por alguna decisión de Suplicación, como por la importante STSJ de Cataluña de 14-5-2002. Debiendo de considerarse en definitiva que, la carencia de la pertinente autorización, que está obligado a conseguir el empleador [ver así, incidiendo en ello, el artículo 80.a) del Real Decreto 864, de 23-7-2001, Reglamento de Ejecución de Extranjería], no invalida el contrato de trabajo existente respecto a los derechos del trabajador extranjero, como señala el artículo 36.3 de la LOEx. Lo que comporta que ya no cabe tenerlo por nulo, haciendo así coincidir plenamente la realidad y el concepto jurídico, y por ende, debiendo de conceptuarse como tal contrato de trabajo. Es decir, como una relación laboral acogida a la regulación normal, que debe de presumirse existente (artículo 8.1 del ET), si concurren las exigencias del Estatuto de los Trabajadores (artículo 1.1 del ET), en lo que respecta a los derechos, generales y convencionales del trabajador. Pues otra interpretación del precepto carecería de sentido, y

estaría desconectada de su claro sentido literal, que es el que debe de primar (artículo 3.1 del Código Civil).

Por tanto, en lo que ahora interesa a efectos del presente litigio, debiendo de tenerse por existente una relación de naturaleza laboral entre las partes, como consecuencia de la prestación retribuida del trabajo por parte del recurrente en favor de la Comunidad de Bienes demandada. Con independencia de que el empresario, obligado a ello (artículo 36.3 de la LOEx), no hubiera tramitado la pertinente autorización a que estaba obligado para la contratación, que no se invalida por dicha omisión patronal.”

* * *

NOTA: Las dos sentencias anteriores continúan la línea iniciada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2002, que como se sabe reconoció, a partir del nuevo texto del artículo 36.3, validez al contrato de trabajo suscrito con un trabajador extranjero sin permiso de trabajo. En los números anteriores se han comentado otras, que continúan y consolidan dicha doctrina judicial.

En este momento se aborda de nuevo su análisis por entender que, en ambos supuestos, aparecen elementos que pueden contribuir a enriquecer y afianzar aún más, dicha línea interpretativa.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, su relevancia radica en el hecho de que la trabajadora extranjera verbalmente despedida, se le readmite al calificarse su despido como nulo. Recuérdesse en este sentido que el motivo por el que se pretende justificar la decisión extintiva por parte del empresario, fue el que la trabajadora alegase que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada. Declarada por el Tribunal la validez de la relación laboral y teniendo en cuenta que la trabajadora no puede verse privada, como señala la Sentencia del mismo Tribunal de 9 de ene-

Derecho al trabajo

ro de 2003 (véase comentario a la misma en el n.º 4 de esta Revista), “de una protección que en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo”, la obligada readmisión en su estado, debería determinar entre otras consecuencias, que se desplegasen cuantos instrumentos se prevén en la legislación laboral –especialmente en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales– para proteger la salud de la madre trabajadora o del feto. Así, y previa evaluación de los riesgos, podría contemplarse un eventual cambio de puesto de trabajo o de función, o incluso una suspensión del propio contrato. De ese modo se daría su verdadero alcance a la expresión “derechos” que utiliza el artículo 36.3 de LO 4/2000 y se empezaría a dar verdadera carta de naturaleza a la declaración de validez del contrato de trabajo, en los casos de falta de autorización para trabajar.

Por su parte, el supuesto resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha tiene como especialidad el hecho de que la pretensión deducida por el trabajador extranjero no tiene como causa la producción de un hecho dañoso, como el accidente de trabajo, o una decisión extintiva del empresario adoptada sin los requisitos establecidos legalmente como en otros asuntos abordados hasta ahora por nuestros Tribunales. El demandante acude a la Jurisdicción Social, para que se declare el carácter laboral de la relación que le vinculaba en un principio a una Comunidad de Bienes y posteriormente a otra empresa constituida por los propios comuneros. La resolución favorable a los intereses del trabajador extranjero, determina a nuestro juicio, que procesalmente se abra una nueva puerta para que se califiquen como laborales, relaciones en las que han intervenido trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar, sin que sea necesario demostrar la existencia de un hecho dañoso o impeditivo de su continuación, bastando a tal efecto, acreditar la existencia de los requisitos de ajeneidad, dependencia y retribución exigidos por la legislación laboral.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 30 de julio de 2003.

Recurso de Suplicación: 2864/2002.

Ponente: D. José Quetcuti Miguel. *Voto particular:* Dña. Rosa María Virolés Piñol.

Voz: Prestaciones de Viudedad y Orfandad.

“TERCERO: (...) Que la cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la Institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario, atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar. (...)

CUARTO: (...) que la regulación del matrimonio se regula por la lex personal, y en sentido estricto si en tal país [Gambia] es válida la poligamia debería también reconocerse la eficacia de tal situación por aplicación de las normas de derecho internacional privado, pero en el presente supuesto tal figura choca frontalmente con el dictado del artículo 12.3 del Código Civil que establece *ad litteram* que «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contrario al orden público», siguiendo el citado dictado la idea admitida comúnmente en el Derecho privado, de que el derecho extranjero que resultaría aplicable en virtud de las reglas generales de colisión no puede, por excepción, aplicarse cuando ello fuere atentatorio al orden público de un país. (...).

Que la proscripción de la poligamia y de sus efectos como supuesto de orden público se evidencia en nuestra legislación en varios aspectos, el primero de ellos, el ya comentado de ser considerado delito, el segundo puede evidenciarse de la regulación que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, y desarrollo reglamentario posterior y respecto de la reagrupación familiar establece en su artículo 16.2 que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagruparse con ellos a

Derecho al trabajo

determinados familiares, señalando su artículo 17 en su número uno, que tal derecho al reagrupamiento lo tiene su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho.

Que en cuanto al cónyuge y más concretamente al número de cónyuges, el precepto precisa *ad pedem litterae* que en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal de extranjero admita esta modalidad matrimonial, evidenciándose pues en este ámbito legislativo nacional, el principio general recogido en el artículo 3.2 de la LO 4/2000 y consiguientemente la aplicación de la excepción del orden público del artículo 12.3 del Cc (...).

Que todo lo antecedente conlleva a entender que a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto *quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*, y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres.

A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado.

Que por otra parte puede igualmente señalarse que, aun en el supuesto, que no ha sido objetivado en el relato fáctico, de que la codemandada persona física hubiese convivido con el fallecido, al no ser válido el matrimonio, por mor de la excepción del orden público internacional, la relación debería calificarse como *de facto*, cuestión esta estudiada por esta Sala en las Sentencias recaídas en los rollos 2075/97, 7325/98, 2748/99, 4858/99, 6375/99, 1082/00, 3762/00, 5909/00, 8574/00 y 9276/00 desestimatoria de las pretensiones de conceder pensión de viudedad en los supuestos de uniones estables de pareja. (...).

Que la Sala al sustentar tal criterio no desconoce las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de

Justicia de Galicia de fechas 13-7-1998 y 2-4-2002 en las que partiendo de la proscripción de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico y aceptando la existencia de la excepción de orden público, entienden que sí cabe reconocerle efectos jurídicos a ambos vínculos conyugales.”

* * *

NOTA: El INSS había reconocido una pensión de viudedad por el fallecimiento de un nacional gambiano, distribuyendo su cuantía al 50% entre la actora y la segunda esposa del fallecido, nupcias contraídas ambas en Gambia (en fecha 26 de marzo de 1980 y 15 de agosto de 1990, respectivamente) sin haberse disuelto el anterior y conforme a la religión islámica.

La actora interpuso reclamación previa contra aquella resolución del INSS por no estar de acuerdo con la concesión de la pensión de viudedad compartida al 50% con la segunda esposa del ciudadano gambiano. Dicha reclamación fue expresamente desestimada. Presentada por la actora demanda en reclamación por viudedad ante el Juzgado de lo Social n.º 6 de Barcelona se desestimó con fecha 10 de octubre de 2001, y recurrida en Suplicación, se dicta la sentencia revocatoria que es objeto de comentario en este momento.

La Sala entiende que la institución de la poligamia atenta contra el orden público y que por lo tanto ninguna efectividad debe comportar, por aplicación del artículo 12.3 del Código Civil. Al no ser válido el segundo matrimonio contraído, la relación surgida por aquellas nupcias debe calificarse como *de facto*, lo que conlleva, siguiendo consolidada jurisprudencia constitucional en la sentencia referida, a desestimar la pensión de viudedad en los supuestos de *more uxorio*.

El presente pronunciamiento judicial cuenta con un acertado voto particular formulado por la Sra. Viroles Piñol, que parte de calificar de errónea la deter-

Permiso de trabajo

minación de la cuestión litigiosa por la mayoría de la Sala, al considerar que no se trata de ventilar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, sino de determinar si la actora tiene o no derecho al percibo de la pensión de viudedad ya reconocida, en cuantía del 100% del 45% de su base reguladora, o subsidiariamente distribuida entre las viudas del causante en proporción a la concurrencia de los dos matrimonios. No le falta razón; además, téngase en cuenta que el Orden jurisdiccional social resulta incompetente por razón de la materia para pronunciarse sobre la nulidad del segundo matrimonio, lo que llevaría a calificar la sentencia de incongruente.

La magistrada considera acertadamente, como así lo hiciera la STSJ Galicia de 2 de abril de 2002 glosada en el n.º 1 de esta Revista, pp. 180-181, que los vínculos matrimoniales del causante con ambas mujeres fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración, y el cumplimiento de estos requisitos impone al ordenamiento jurídico el reconocimiento de dichos matrimonios extranjeros. Por ello, sin desconocer la proscripción en nuestro ordenamiento de la bigamia y de la excepción de orden público, sí cabe reconocer efectos jurídicos a ese vínculo matrimonial y, en particular, la pensión de viudedad correspondiente.

Queda una cuestión a tratar, si quiera casi esquemáticamente: la distribución de la cuantía de la pensión de viudedad que eventualmente se reconozca entre ambas esposas. Si se recuerda, la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002, aplicaba, por analogía, las previsiones del artículo 174.2 de la LGSS y la jurisprudencia vertida cuando mediaba separación judicial o divorcio del causante, lo que provocaba el reparto a partes iguales entre ellas. Dicho extremo no fue objeto de impugnación en suplicación, sin embargo para la recta aplicación analógica de la norma de Seguridad Social, la distribución de la

cuantía de la pensión debía haber sido proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 2ª.

Fecha: 23 de diciembre de 2003.

Recurso: 1593/2003 Medidas cautelares.

Ponente: D.ª Nuria Cleries.

Voz: Adopción de la medida cautelar positiva consistente en autorizar provisionalmente el desempeño de una actividad laboral en las condiciones determinadas por el Tribunal.

“SEGUNDO: Debe advertirse que el juez Contencioso-Administrativo debe proceder a la adopción de medidas cautelares en el proceso, acordando en su caso la suspensión de la ejecución del acto administrativo o de la aplicación de la disposición impugnada, atendiendo a la valoración ponderada y razonada del complejo de intereses que se someten a su decisión, velando porque el recurso no pierda su finalidad y porque no se infiera perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

La inteligencia de estas cláusulas normativas procesales permite señalar que el juez para resolver la adopción de la medida cautelar solicitada deberá tomar en consideración tanto los intereses públicos e intereses privados relevantes comprometidos en el conflicto que se somete a su jurisdicción, como la producción de daños derivados del *periculum in*

Permiso de trabajo

mora, que pueda provocar de modo irreversible la inefectividad del cumplimiento material de la resolución formal de fondo al hacer perder al recurso su finalidad, y la apariencia de buen derecho, estimable en las alegaciones de las partes sobre los motivos de ilegalidad del acto administrativo.

TERCERO: En este recurso se solicita la suspensión del acuerdo por el que se deniega la solicitud de residencia y trabajo instada por S.L. a favor de D.ª....., de nacionalidad ucraniana.

La recurrente acredita estar en España desde hace más de dos años y aporta oferta nominal de empleo para trabajar en el sector de limpieza y un certificado de la empresa en la que se manifiesta su urgencia para poder incorporar de forma inmediata a D.ª a su lugar de trabajo, ya que no han encontrado ningún ciudadano de nacionalidad española que pueda cubrir su puesto, como lo demuestra el certificado del INEM que obra en autos.

En esta pieza de suspensión no se entra a analizar si la denegación del permiso solicitado es o no procedente. Sino la suspensión de la ejecución del acto recurrido.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social la denegación del permiso de residencia y trabajo comporta la advertencia de salida del territorio en el plazo de un mes, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución.

La obligada salida del territorio nacional impuesta constituye como ha indicado el Tribunal Supremo (entre otras Sentencia de 6 de marzo de 2001) «un deber jurídico de cumplimiento y, por tanto de salir de nuestro país, equivalente en sus efectos a la ejecución de un mandato de expulsión, es indudable que el obligado abandono del territorio nacional, imperativamente impuesto, como de naturaleza positiva, es susceptible de ser suspendido en esta

vía contencioso-administrativa, si concurrieran, en el supuesto enjuiciado las particulares circunstancias legalmente previstas».

Este Tribunal considera procedente suspender la orden de salida de España, hasta tanto no pueda ser revisado en sede judicial la procedencia o no de los motivos de impugnación alegados.

CUARTO: La recurrente, en el escrito de solicitud de medidas cautelares, solicita no sólo la suspensión de la orden de advertencia sino también que se conceda el permiso de trabajo y residencia temporal hasta un máximo de un año a favor de la empresa ofertante, en tanto se tramita el presente recurso, alegando que «la empresa necesita mano de obra para realización de tareas a las que se dedica y hace dos años que desea regularizar la situación de la Sra..... sin ningún resultado, cuando como acredita el certificado del INEM no existen trabajadores españoles que quieran cubrir el puesto de trabajo ofertado.

Este Tribunal, siendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 13 de marzo de 1999 considera oportuno, además de suspender la orden de advertencia de salida del territorio español, la adopción de la medida cautelar positiva de autorizar provisionalmente el permiso de trabajo solicitado, puesto que en aquella sentencia se declaraba expresamente que «las medidas cautelares positivas están amparadas en el artículo 24.1 de la Constitución y contempladas en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que permite la adopción de aquéllas tendentes a preservar a ejecución de lo resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito, ahora expresamente sancionadas en el artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa». Por ello, atendiendo a los parámetros anteriormente expuestos, este tribunal accede a la autorización provisional de trabajo interesada, si bien no con carácter ilimitado mientras dure la sustanciación del pleito

Permiso de trabajo

sino temporalmente por un año, independientemente de lo que al vencimiento del citado término pudiera acordar el Tribunal. Todo ello, además con la exigencia de acreditar en el plazo de los tres meses siguientes a la adopción de la medida cautelar la formalización de la contratación laboral, previamente ofertada y la subsiguiente afiliación al Régimen de la Seguridad Social que corresponda.”

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso Administrativo.

Fecha: 29 de diciembre de 2003.

Recurso: Medidas cautelares.

Ponente: D. Luis Miguel Blanco Domínguez.

Voz: Adopción de la medida cautelar positiva consistente en obligar al órgano administrativo demandado a tramitar la solicitud de permiso de trabajo y de residencia presentada por la recurrente hasta su resolución por los trámites legalmente establecidos.

“PRIMERO: (...) La parte recurrente interesa como medida cautelar que se ordene al órgano administrativo, autos de la actividad impugnada, que proceda a la instrucción provisional del procedimiento y a su inmediata tramitación, recabando los informes previstos en el RD 864/2001, de 20 de julio. Basa su petición en la consideración de que la ejecución del acta le ocasiona perjuicios de imposible o difícil reparación, en la existencia de una apariencia de buen derecho así como en que la adopción de la medida interesada no causa un grave perjuicio al interés público, ni de tercero.

La Administración demandada se opone a la medida cautelar interesada. Para ello esgrime tres motivos, que son, la naturaleza negativa del acto impugnado, la falta de prueba de los perjuicios irreparables derivados de la ejecución del acto y, finalmente, la falta de justificación de la apariencia de buen derecho.

(...).

CUARTO: En el presente procedimiento se impugna, como ya se ha indicado, una Resolución que acuerda la paralización del procedimiento incoado para resolver sobre la concesión o denegación de una solicitud de trabajo y de residencia.

El mantenimiento de los efectos de este acto produce perjuicios de imposible o difícil reparación atendiendo a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la solicitud presentada queda sin resolver en cuanto al fondo, y, en segundo lugar, ello va a provocar la pérdida de la oferta de trabajo para la que el permiso se solicita por cuanto no es de esperar que el empleador que tiene necesidad de contratar a una persona, mantenga su oferta hasta la resolución del presente recurso y, además, hasta la terminación del procedimiento administrativo ahora paralizado, de manera que la eventual estimación de la demanda no podrá eliminar el perjuicio ya causado por cuanto la tramitación de la solicitud a partir de la posible sentencia estimatoria carecería de sentido al no existir ya oferta alguna de trabajo.

QUINTO: Examinado el anterior requisito y afirmando que la ejecución del acto puede hacer perder al recurso su finalidad legítima, debe de analizarse, a continuación, si el derecho que invoca el actor en su solicitud de medidas, esto es, el derecho al procedimiento, aparece, *prima facie*, y con la provisionalidad propia de esta pieza, revestido de una apariencia de prosperabilidad.

En este sentido, es de ver que el motivo expresado en el acto recurrido y que ha sido tenido en cuenta por la Administración demandada, para paralizar la tramitación del procedimiento, no aparece contemplado en el apartado séptimo n.º 3 de la Resolución de 14 de enero del año 2003, según se desprende de su simple lectura y a falta de una argumentación que permita sostener lo contrario.

En efecto, dicho apartado se refiere a las solicitudes de permisos de trabajo y de residencia de extranje-

Permiso de trabajo

ros de los que se acredite, fehacientemente que no son residentes, ni se hallen en España, y se remite en cuanto a la tramitación de estas solicitudes a lo dispuesto en los artículos 80 a 87 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Los citados artículos 80 a 87 que se refieren a la tramitación de los permisos de trabajo y residencia, sin mención alguna a que el extranjero no resida, ni se encuentre en España, no contemplan la exigencia de que con la solicitud de trabajo se presente la solicitud de visado a través de comparecencia en la Embajada Española (artículo 81.1) sino que lo que prevé es que presentada la solicitud, se procederá a identificar y sellar la oferta de empleo, adjuntando una de las copias para la solicitud de visado (artículo 83.1).

Por lo tanto, la solicitud de visado debe de formalizarse en un momento posterior. Además, el artículo 83.2 es tajante en cuanto que recibida la solicitud, la autoridad competente procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación, recabando los informes pertinentes, sin que contemple como causa de suspensión de la tramitación la esgrimida en el acto impugnado.

Finalmente, debe de hacerse constar que el artículo 83.5 prevé de manera expresa que cuando el trabajador extranjero no sea residente legal en España (dicción esta que aparentemente es distinta a la de trabajador extranjero del que se acredite fehacientemente que no es residente, ni se halla en España) el expediente no se resuelva hasta que la solicitud de visado haya sido presentada en forma de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1.c) y 17 del Reglamento.

Por lo tanto, lo que el Reglamento contempla no es la paralización del procedimiento por la no presentación de la solicitud de visado, sino la suspensión de la resolución (artículo 83.6) lo que implica haber realizado la tramitación pertinente (artículo 83.2). Además el artículo 12.2 posibilita que la solicitud de

visado se formalice bien personalmente o bien mediante representante.

De todo lo anterior se sigue que el derecho al procedimiento aparece, a primera vista y sin necesidad de un análisis en profundidad del fondo del recurso, como un buen derecho a los efectos de adoptar la medida cautelar interesada, el argumento expresado por la Administración no encuentra encaje en el contenido del propio acto al que se refiere (apartado séptimo n.º 3 de la Resolución de 14 de enero del año 2003 del Ministerio de la Presidencia) y en todo caso aparece contradicho por el propio régimen que resulta de la norma jurídica que es de aplicación (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio), lo que se dice a reserva de la que se pueda argumentar en cuanto al fondo en el seno del recurso.

SEXO: La adopción de la medida cautelar interesada no se estima que cause una grave perturbación a los intereses generales o de terceros y por lo tanto deberá la Autoridad competente instruir con arreglo a derecho la solicitud presentada, realizando todos los trámites previstos en el artículo 83 del Reglamento y concordantes, pudiendo sólo dejar de resolver en el caso de que habiéndose evacuado todos los trámites, no se acredite que haya sido presentada la solicitud de visado.”

* * *

NOTA: En el n.º 3 de esta Revista (Crónica de jurisprudencia. *Voz Permiso de Trabajo*, pp. 185 a 188) se comentaron dos Autos de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón y Andalucía (Sevilla) que volvían a traer a colación el tema de las medidas cautelares positivas en materia de extranjería. Las dos resoluciones que ahora se analizan se incardinan en esa línea judicial, si bien presentan algunas particularidades que justifican su examen en este momento.

Así, en el caso del Auto de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23

Permiso de trabajo

de diciembre de 2003, se accede a la autorización provisional de trabajo interesada, si bien no con carácter ilimitado mientras dure la sustanciación del pleito sino temporalmente por un año, independientemente de lo que una vez vencido dicho término pudiera acordar la Sala. A diferencia de lo que ha ocurrido en los supuestos anteriores, el Tribunal concede una autorización provisional de plazo determinado, limitación que parece basarse en el criterio de prudencia que en su momento puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 12 de septiembre de 2002 (véase n.º 3 de esta Revista, Crónicas de jurisprudencia. *Voz Permiso de Trabajo*, pp. 185 a 188), si bien dejando la puerta abierta a una posible renovación, se supone que previa acreditación de que subsisten las condiciones que justificaron la adopción de la medida y que no ha recaído la resolución definitiva que resuelva el recurso planteado.

Por otra parte, y desde el punto de vista de la práctica administrativa, el auto plantea algunos interrogantes, especialmente en la forma de documentar, tanto la autorización inicial como su posible renovación, máxime cuando en el mismo se exige que se acredite en el plazo de los tres meses siguientes a la adopción de la medida, la formalización de la contratación laboral, previamente ofertada y la subsiguiente afiliación al Régimen de la Seguridad Social que corresponda. En este sentido, parece que el propio auto del Tribunal debería de servir como documento bastante a los efectos de conceder al solicitante la Tarjeta de Identidad de Extranjero (véase el nuevo apartado 2 del artículo 4 de la LO 4/2000 tras la modificación operada por la LO 14/2003). En la misma se consignarían el plazo de duración de la misma, la actividad a desarrollar y la zona geográfica donde va a llevarse a cabo aquella. Respecto de la posterior afiliación, y pese a que la normativa vigente (véase instrucción 5.1 de la Resolución de 20 de febrero de 1998 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por la que se ordena la publicación de la Circular conjunta de la Dirección General de Ordenación de las Migra-

ciones y de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre afiliación, alta, baja, variaciones de datos y cotizaciones de trabajadores extranjeros a la Seguridad Social) sólo contempla la resolución favorable de la autoridad laboral como documento para la afiliación, podría entenderse que el mismo auto judicial junto con el contrato de trabajo serían suficientes para el encuadramiento.

Debe advertirse, por último, que como tal medida cautelar, el auto deja traslucir la primacía del orden jurisdiccional en el control de la relación laboral del trabajador extranjero hasta tanto cese la misma, lo que asimismo constituye una cuestión digna de mención.

En el supuesto del Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de diciembre de 2003, la medida cautelar que se interesa, y que posteriormente se adopta por el Tribunal, consiste en ordenar al órgano administrativo recurrido que proceda a la instrucción provisional del procedimiento y a su inmediata tramitación, recabando los informes previstos en el RD 864/2001, de 20 de julio, "pudiendo sólo dejar de resolver en el caso de que habiéndose evacuado todos los trámites, no se acredite que haya sido presentada la solicitud de visado".

La Sala fundamenta su decisión en el hecho de que la no suspensión de la resolución de la Delegación del Gobierno causaría perjuicios de imposible o difícil reparación a los afectados, entre los que señala, ello es a nuestro juicio lo más relevante, la pérdida de la oferta de trabajo para la que el permiso se solicita, pues como señala el propio Tribunal "no es de esperar que el empleador que tiene necesidad de contratar a una persona, mantenga su oferta hasta la resolución del presente recurso y, además, hasta la terminación del procedimiento administrativo ahora paralizado, de manera que la eventual estimación de la demanda no podrá eliminar el perjuicio ya causado por cuanto la tramitación de la solicitud a partir de la posible sentencia estimatoria carecería de sentido al no existir ya oferta alguna de

Permiso de trabajo

trabajo". Del texto transcrito se deduce que el Tribunal hace un elogiado esfuerzo por acomodar la verdadera realidad de los hechos, que en muchos casos la propia Ley desconoce, a las exigencias que se derivan del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin olvidar que la medida cautelar, insistimos, lo que se limita es a ordenar que se tramite su petición.

Para dar mayor énfasis a la argumentación que permite la adopción de la medida cautelar, la Sala considera que el derecho al procedimiento aparece, a primera vista y sin necesidad de un análisis en profundidad del fondo del recurso, como un buen derecho a los efectos de dar cumplimiento a los requisitos exigidos en la legislación procesal.

Tribunal: Tribunal Supremo. Sala de lo contencioso.

Fecha: 7 de julio de 2003.

Recurso: Casación n.º 5125/1999.

Ponente: D. Mariano Baena de Alcázar.

Voz: Reconocimiento a un trabajador extranjero de autorización para trabajar previamente denegada y del derecho a ser indemnizado por el importe de los salarios que hubiese percibido en caso de haber trabajado en la actividad para la que fue solicitado el permiso.

"SEGUNDO: El permiso de trabajo puede considerarse como la autorización administrativa para que el extranjero no comunitario realice en España cualquier actividad lucrativa laboral o profesional. Y el sistema de contingente de autorizaciones supone el establecimiento llevado a cabo por el Gobierno anualmente, siempre que exista necesidad de mano obra, del número y características de las ofertas de empleo, con indicación de los sectores y actividades profesionales, que se realizan a favor de los trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España.

(...)

Pues bien, sobre la base de la indicada doctrina no puede ser acogido el motivo de casación que se analiza por las siguientes razones:

a) El motivo de la denegación del permiso por la Administración, según pone de manifiesto la sentencia de instancia, fue que se trataba de «oferta de trabajo inviable por ser para tareas agrícolas en campaña de próxima finalización». Cuando, sin embargo, la solicitud se formuló el 29 de diciembre de 1994, los informes se emitieron el 23 de enero de 1995, y la campaña, referida a la recolección de mandarinas y naranjas terminaba en marzo y junio de 1995, respectivamente, por lo que, como pone de manifiesto el Tribunal *a quo*, resultaba desprovista de fundamento la resolución administrativa denegatoria, ya que la actividad laboral podía desarrollarse, al menos durante cinco meses. O, dicho en otros términos, forma parte indudable del ámbito de control jurisdiccional la constatación del presupuesto de hechos en que se basa el ejercicio de la potestad administrativa, constituido, en el presente caso, por la duración de la campaña agrícola para la que se pedía el correspondiente permiso de trabajo.

b) El permiso de trabajo no está condicionado por una determinada duración mínima, ni tampoco porque fuera posible el desarrollo de la actividad laboral por cuenta ajena durante toda la duración de la campaña de recolección de mandarinas y naranjas.

c) La sentencia de instancia se hace eco de que la Administración no aduce otros motivos de desestimación de la solicitud y de que se emitió informe favorable por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación.

TERCERO: Frente a la condena a la Administración a la indemnización que la sentencia reconoce al demandante en instancia se articulan, subsidiariamente, los otros dos motivos de casación.

(...)

Permiso de trabajo

Por consiguiente, la sentencia recurrida no vulnera la norma invocada cuando se refiere a los meses a que ha de atenderse para establecer, en ejecución de sentencia, el montante de la indemnización, sino que da cumplimiento a la exigencia del señalamiento de las bases o criterios con arreglo a los cuales habrá de procederse a dicha determinación.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la sentencia cuando se refiere a dicha indemnización está contemplando un supuesto de ejecución por sustitución o indemnizatoria, ante la imposibilidad de la ejecución *in natura* que supondría el efectivo disfrute del permiso de trabajo solicitado por una empresa (Citrias S.L.) a favor del demandante en la instancia para la recolección de mandarinas y naranjas en una determinada campaña de recolección ya pasada cuando se dicta la sentencia.

CUARTO: El último de los motivos (ordinal tercero), también referido a la condena a la Administración a la indemnización de los perjuicios derivados del acto administrativo que se anula, está formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ y se citan como infringidos los siguiente preceptos: a) artículos 139.1 y 2 y 142 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ y PAC, en adelante) y los concordantes preceptos del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto de 26 de marzo de 1993 (RPRP, en adelante); b) los mismos preceptos mencionados con ocasión de la articulación del primero de los motivos y, además, los artículos 106.2 y 13.1 de la CE, así como el artículo 4.1 de la LODLE.

(...)

El motivo expuesto, en sus dos apartados, no puede ser acogido por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, la responsabilidad administrativa patrimonial de la Administración puede derivar

tanto de hechos, de actuaciones materiales o de omisiones, como de actos administrativos o de disposiciones generales.

De esta forma, la petición de indemnización puede constituir una pretensión básica y autónoma como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos (artículos 106.2 de la CE, 40 de la LRJAE, 139 y ss. de la LRJ y PAC y RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial); pero también puede ser una pretensión accesoria y subordinada a la de la de anulación del acto, teniendo en cuenta que, en ocasiones, la indemnización de los daños y perjuicios puede suponer la única medida posible para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico.

Cuando ocurre esto último, conforme a la doctrina de esta Sala, a la indemnización que se reclama como subordinada y derivada de la pretensión principal de nulidad del acto administrativo (...) no le es de aplicación el principio revisor de esta Jurisdicción, por venir autorizado su planteamiento directo ante la misma (...) por el artículo 42 de su LJ de 1956 también artículo 31 de la actual LJCA; y que los artículos 42, 79.3 y 84.c) de la LJ de 1956 hacían viable siempre en el proceso la petición indemnizatoria sin necesidad de previa reclamación en la vía administrativa por tratarse de un elemento constitutivo de la especie concreta de pretensión tendente a obtener, como secuela del acto impugnado, el restablecimiento de una situación jurídica individualizada... (Sentencias de 7 de febrero de 1981, 1 de febrero de 1982, 17 de marzo de 1982, 19 de septiembre de 1983, 23 de enero de 1984, 16 de marzo de 1984, 20 de junio de 1984 y 10 de marzo de 1986) de manera que, solicitada únicamente la anulación del acto en vía administrativa, cabía acumular la pretensión indemnizatoria, no planteada antes, en la vía jurisdiccional (STS 23 de octubre de 2000).

Permiso de trabajo

En la instancia resuelta por la sentencia que se revisaba se estaba en el segundo de los supuestos enunciados, pues a la petición de anulación del acto de la Administración que denegaba el permiso de trabajo se anudaba la solicitud de indemnización de los daños producidos por tal acto. Esto es, la petición de daños y perjuicios se formulaba como una petición adicional a la pretensión de anulación del acto.

En segundo lugar, es cierto que la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización (artículo 142.4 de la actual LRJ y PAC), sino que para ello es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 139 de la LRJ y PAC; esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo. O, dicho en otros términos, lo que el artículo 142 de la LRJ y PAC establece es que la anulación del acto «no presupone» el derecho a la indemnización o que ésta no se da por supuesto por la sola anulación de un acto administrativo, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan los efectos indemnizatorios, dependiendo ello de que concurran o no los requisitos legales a que se ha hecho referencia (Cfr. STS de 12 de julio de 2001, entre otras muchas). Pero también es cierto que la sentencia de instancia aprecia un daño efectivo derivado de la imposibilidad del extranjero de trabajar como consecuencia de la improcedente denegación del permiso y que valora, precisamente, en función de los meses a que se refería la concreta oferta empresarial de trabajo para la que se solicitó dicho permiso.

Por último, al tratar del primero de los motivos, ya nos hemos referido al alcance de las facultades de la Administración en relación con el otorgamiento del permiso de trabajo a extranjero, de cuya limitación deriva un correlativo derecho a su obtención en los

términos que resultan de las normas atributivas de la potestad administrativa.”

* * *

NOTA: Los hechos de los que trae causa la sentencia que comentamos son en esencia los siguientes: Citrias S.L. formula, en nombre del trabajador extranjero, solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena para realizar las tareas de recolección de naranjas en la provincia de Castellón. Según consta en los autos, la solicitud se efectúa el 29 de diciembre de 1995, contestando negativamente la Dirección Provincial de Trabajo el 18 de mayo de 1995. Como resulta obvio, la oferta de trabajo presentada se refiere al período del año en que se efectúa dicha tarea agrícola que, en dicha provincia, es el que transcurre entre febrero y junio. La Administración demandada deniega el permiso argumentado que se trata de una oferta inviable al referirse a tareas agrícolas en campaña de próxima finalización. Frente a la resolución administrativa se interpone por el trabajador recurso contencioso administrativo en el que se solicita no sólo la anulación del acto, sino que como petición adicional se anuda la de indemnizar los daños causados por la denegación. El recurso se estima por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, declarando, previa anulación de la resolución administrativa, el derecho del trabajador no sólo a obtener el permiso de trabajo denegado, sino a ser indemnizado por la Administración en la cantidad, a determinar en ejecución de sentencia, a que asciendan los salarios que hubiese percibido en los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio de ese año, si no se le hubiese denegado el permiso solicitado.

Son dos las cuestiones dignas de comentario. La primera se centra en el control jurisdiccional de la discrecionalidad de la Administración en la apreciación de los datos que acompañan a la solicitud de cualquier permiso de trabajo y que se constituyen en el fundamento de la posterior resolución estimatoria o denegatoria. En el presente caso, se circuns-

Permiso de trabajo

criben a la duración de la campaña agrícola a la que se refería la solicitud. El Tribunal, después de efectuar una extensa exposición sobre su consolidada doctrina respecto a los límites de la Administración en esta materia, reconoce junto a la capacidad de la Dirección Provincial de Trabajo de valorar la viabilidad de la oferta en función tanto del momento de la solicitud como de la duración de la campaña, su potestad de controlar dicha valoración. De ahí la insistencia del representante de la Administración en utilizar, sin fundamento alguno, dichos parámetros, fuerza al Tribunal a desvincular el permiso de trabajo de las concretas circunstancias que pueden rodear la actividad para la que solicita. No otra cosa se puede deducir de la siguiente manifestación “el permiso de trabajo no está condicionado por una determinada duración mínima, ni tampoco porque fuera posible el desarrollo de la actividad laboral por cuenta ajena durante toda la duración de la campaña de recolección de mandarinas y naranjas”.

La segunda de las cuestiones relevantes que plantea la sentencia, es la relativa al reconocimiento del derecho del trabajador extranjero a una indemnización, sobre la base de la apreciación que se hace en instancia, y que posteriormente confirma el Tribunal, que se ha causado un daño efectivo al trabajador extranjero al imposibilitarle trabajar como consecuencia de la improcedente denegación del permiso, perjuicio que se valora, precisamente, en función de los meses a que se refería la concreta oferta empresarial de trabajo para la que se solicitó dicho permiso. La Sala, después de reconocer que la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización, considera que en el presente caso no sólo se han cumplido los requisitos procedimentales –al plantearse la petición como subsidiaria en el recurso contencioso administrativo– sino también de fondo, esto es, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia del deber jurídico del

administrado de soportar el resultado lesivo, por lo que procede confirmar la sentencia de instancia y conceder al trabajador extranjero la indemnización pretendida.

Tribunal: Tribunal Supremo. Sala de lo contencioso.

Fecha: 19 de mayo de 2003.

Recurso: Casación n.º 2998/1999.

Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo.

Voz: Consideración de la venta ambulante como actividad lucrativa continuada que permite la subsistencia del trabajador extranjero a efectos de conceder el correspondiente permiso por cuenta propia.

“PRIMERO:

(...)

Sostiene el Abogado del Estado que la sentencia de instancia minimiza una serie de requisitos contenidos en tales preceptos, necesarios para el otorgamiento de permiso de trabajo por cuenta propia para extranjeros no comunitarios.

Ambos preceptos se refieren a la solicitud de dicha clase de permiso referida a una actividad eminentemente problemática, por lo que cuidan de que se trate de un proyecto positivo y viable, tanto para el peticionario como para el marco social y económico. Ello sobre la base de que un proyecto de extranjero para trabajar por cuenta propia adolece de un cierto grado de dificultades, que es preciso evaluar.

(...)

La Administración, dice su representante procesal, sopesó todas las circunstancias concurrentes y se procuró importantes elementos de conocimiento, solicitando al efecto una serie de informes, como los interesados a la Generalidad Valenciana y al Ayuntamiento de Valencia, desplazando, incluso, a

Permiso de trabajo

un Controlador Laboral, al domicilio del peticionario.

(...)

Tratándose de una actividad laboral consistente en la recuperación y venta de ropa usada, resulta claro el carácter marcadamente problemático, que aboca a la marginalidad, e incluso a la mendicidad, sobre todo en el marco en que pretendía desarrollarse de la Generalidad Valenciana con un nivel alto de equipamiento, todo lo cual se dice, entre otros factores, con total respeto a la persona del extranjero peticionario.

De acuerdo con la realidad social en que ha de aplicarse la norma, criterio al que hace referencia el artículo 3.1 del Código Civil para la interpretación de aquélla, ha de considerarse la creciente inmigración extranjera no comunitaria que se produce en España con una consecuente bolsa de marginalidad, mendicidad, desempleo e, incluso, situaciones de peligrosidad y delincuencia.

SEGUNDO: El Abogado del Estado parece evidenciar un cierto distanciamiento de la manera como el Tribunal *a quo* entiende la fundamentación del acto administrativo denegatorio del permiso.

Mientras la Sala de instancia entiende que la denegación se produjo porque la Administración consideró indebidamente que la ausencia de creación de nuevos puestos de trabajo para españoles, y la falta de aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que se preste era un factor que impedía el otorgamiento del permiso, el Abogado del Estado sostiene que lo decisivo fue, más bien, la consideración por la Administración de un conjunto de circunstancias que la indujeron a entender que el proyecto para el que solicitaba el permiso no era viable y ello abocaría a la marginalidad del extranjero (incluso, a su mendicidad y peligrosidad).

Si se examina con algún detenimiento la resolución administrativa denegatoria del permiso se observa que en los fundamentos jurídicos se alude explícitamente al reiterado artículo 18.2 de la LODLE, pero tampoco está ausente, en los antecedentes, una ausencia de consideraciones favorables a la instalación del negocio objeto del expediente (recuperación y venta de ropa usada).

No hay pues inconveniente en entender que el debate procesal sobre el que se pronuncia la sentencia impugnada comprende ambas cuestiones: el entendimiento de la naturaleza de los factores contemplados en el artículo 18.2 de la LODLE, si se trata de factores que de darse son favorables al otorgamiento del permiso o si tienen una superior trascendencia, hasta el punto de convertirse su ausencia en obstáculo legal que impida el otorgamiento del permiso; y la posible virtualidad para la denegación del permiso de trabajo por cuenta propia de la ausencia de la viabilidad económica del negocio proyectado para el que aquél se solicita.

TERCERO: El otorgamiento de la autorización administrativa en que se traduce el permiso de que se trata no es, desde luego, automático por la sola solicitud, sino que está supeditado a la concurrencia de determinados requisitos legales, aunque tampoco es puramente discrecional. O, dicho en términos de nuestra Sentencia de 11 de diciembre de 2002, «la concesión del permiso de trabajo a un súbdito extranjero no es facultad discrecional de la Administración, sino que se halla sometido a una serie de requisitos cuya ausencia o concurrencia ha de ser valorada con arreglo a los principios y reglas de la normativa sobre extranjería y a la doctrina emanada de este Tribunal».

La LODLE y el RDLE fijaban las condiciones y requisitos que condicionaban o que simplemente habían de valorarse al otorgar o denegar el permiso de trabajo, y no como requisitos condicionantes sino como factores susceptibles de valoración favora-

Permiso de trabajo

bles, entre los que figuraban, según nuestra más reciente jurisprudencia, los factores mencionados en el artículo 18.2 de la LODLE.

Es cierto que, de acuerdo con dicho precepto cuando el permiso es para trabajar por cuenta propia había de valorarse favorablemente el hecho de que su concesión implicase la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o significase la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o mejorar las condiciones en que se prestase; pero también lo es que, según nuestros más recientes pronunciamientos con antiguos precedentes, tales circunstancias no eran determinantes de la concesión o denegación del permiso (Cfr. SSTS de 10 de diciembre de 1991, 13 de noviembre de 1992 y 10 de junio de 1997). Y eso es lo que entiende la sentencia de instancia en este punto por lo que no puede acogerse la petición de rectificación que formula el Abogado del Estado.

CUARTO: El contar con un proyecto permanente y viable de actividad económica por cuenta propia ha de considerarse como un requisito o exigencia a la que la LODLE supeditaba la procedencia del otorgamiento de la clase de permiso de trabajo que se contempla.

Ahora bien, la jurisprudencia que cita el Abogado del Estado ha sido superada por otra más reciente que se manifiesta en el sentido de que actividades como la aquí contemplada u otras similares, puede entenderse, en determinadas circunstancias, como actividad comercial que puede servir para cumplimentar el requisito de contar con un proyecto permanente y viable de actividad por cuenta propia.

En efecto, en las fechas de las sentencias citadas por el representante procesal de la Administración, esta Sala venía considerando, aunque de forma casuística (según las circunstancias concurrentes en cada caso) que la venta ambulante u otras actividades similares eran actividades marginales sin incidencia favorable en la economía nacional (Cfr. SSTS 31

de mayo de 1995 y 27 de mayo de 1997). Pero, con antecedentes en 1998 (Cfr. STS 12 de enero de 1998), a partir, sobre de todo, de 1999, esta Sala entiende que la venta ambulante u otras similares encajan de modo pleno en el concepto de actividad lucrativa continuada no ya en una interpretación flexible y favorable a la regularización de la situación de los extranjeros afectados, sino en una mera interpretación literal, el lucro –que tanto quiere decir como beneficio, ganancia, agio o utilidad– incluye no sólo el beneficio económico superfluo, sino también, y quizás con mayor propiedad, la ganancia de medios indispensables para la subsistencia de quien realiza la actividad lucrativa. Esto es, la actividad con cuyo ejercicio el recurrente podría ganarse la vida y obtener medios económicos para residir en España en una actividad lucrativa (Cfr. SSTS 29 de junio, 30 de septiembre y 26 de octubre de 1999, 19 de marzo de 2001). Y, aun más recientemente y de manera más concreta y circunstanciada, hemos reiterado que «la venta ambulante, cuando se acredita en forma que permite la subsistencia del interesado, es una actividad lucrativa continuada, a los efectos de integrar las exigencias del acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de la estancia de extranjeros en España» (STS 17 de septiembre de 2002 y SSTS 11 y 20 de diciembre de 2002).

En síntesis, por tanto, una actividad como aquella para la que se pedía el permiso de trabajo podía entenderse como actividad lucrativa continuada, no por la mera solicitud sino si se acreditaba una cierta viabilidad económica que permitiera la subsistencia del interesado (SSTS de 17 de septiembre y 18 de diciembre de 2002).

Pues bien, precisamente esta seriedad en el planteamiento del proyecto y la confianza en una cierta perspectiva de viabilidad económica es lo que parece decidir el pronunciamiento de instancia cuando afirma que, pese a la humildad de los medios, se constata el cumplimiento de obligaciones fiscales de carácter formal, el contrato de arrendamiento de local y la factura de compra de géneros. Por consi-

Permiso de trabajo

guiente, deben rechazarse los motivos de casación esgrimidos y desestimarse el recurso formulado por el Abogado del Estado.”

* * *

NOTA: Desde hace tiempo hemos mantenido que el permiso de trabajo por cuenta propia es el “gran olvidado” de la normativa de extranjería. De ahí la relevancia de la sentencia que comentamos, que acertadamente centra el debate en las dos cuestiones que pueden considerarse neurálgicas en la regulación de dicho permiso. Por un lado, el entendimiento de la naturaleza de los factores contemplados en la ley para su concesión, y, por otro, la posible virtualidad para la denegación del permiso de trabajo por cuenta propia de la ausencia de la viabilidad económica del negocio proyectado para el que aquél se solicita.

La primera de las cuestiones aludidas se resuelve por el Tribunal señalando que los requisitos y condiciones contemplados por la Ley para el otorgamiento del permiso de trabajo por cuenta propia, es decir, el hecho de que su concesión implicase la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o significase la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o mejorar las condiciones en que se prestase, no son de acuerdo con reiterada jurisprudencia, determinantes para su concesión o denegación, de forma que no tienen otra trascendencia que la de ser factores susceptibles de valoración favorable en caso de que concurran, pero no condicionan la concesión del permiso en caso contrario.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, la Sala reconoce, aunque advierte que es ya doctrina judicial superada, que el contar con un proyecto permanente y viable de actividad económica se consideraba como exigencia a la que se supeditaba la concesión del permiso. Esa es la razón por la que la Administración demandada se preocupa en demostrar el carácter “problemático” de la actividad

laboral de venta de ropa usada, que de forma, a nuestro juicio exagerada, considera que “aboca a la marginalidad e incluso a la mendicidad, sobre todo en el marco en que pretendía desarrollarse de la Generalidad Valenciana con un nivel alto de equipamiento”. Sin embargo, frente a ese inicial posicionamiento de la propia jurisprudencia del Tribunal, la sentencia pone de manifiesto que en la actualidad se considera que la actividad para la que se solicitó el permiso y otras similares “encajan de modo pleno en el concepto de actividad lucrativa continuada”, en el entendimiento de que “el lucro incluye no solo el beneficio económico superfluo, sino también y quizás con mayor propiedad, la ganancia de medios indispensables”, de ahí que, confirmando con ello el planteamiento de instancia, entienda que pese a la humildad de los medios, la seriedad del planteamiento de la actividad para la que solicita el permiso (que se acredita por extremos tales, como el cumplimiento de las obligaciones fiscales, la suscripción de un contrato de arrendamiento o la inversión en ropa) y la confianza en una cierta perspectiva de viabilidad económica, son suficientes para otorgar el permiso solicitado.

Tribunal: Tribunal Supremo. Sala de lo contencioso.

Fecha: 15 de julio de 2003.

Recurso: Casación n.º 5489/1999.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena: criterio de estabilidad en el empleo.

“PRIMERO: La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, estimó el recurso contencioso administrativo y anuló las resoluciones impugnadas, valorando en su fundamento de derecho tercero, lo siguiente: «Tercero: Para proceder al adecuado análisis del primero de los requisitos es preciso diferenciar entre el distinto alcance y contenido que tienen los términos ‘regular’ y ‘estable’: El término ‘regular’, referido a una ocupación laboral,

Permiso de trabajo

hace referencia a la licitud de la actividad laboral misma, a su desenvolvimiento en el marco normativo laboral, en especial el Estatuto de los Trabajadores. Sin que en el supuesto que nos ocupa conste que el puesto de trabajo desempeñado, fuese ilícito o irregular en el sentido expuesto. El término 'estable' hace referencia a la continuidad de la relación laboral desarrollada, a la habitualidad de la misma. Con el fin de valorar esta habitualidad se deben tomar en consideración tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad en donde lo desempeña (coyuntura socio-laboral, tipo de trabajo desempeñado, estabilidad en el empleo del sector etc.), de modo que no se convierta en una exigencia de plena ocupación por encima de las circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país o del tipo de contratos que se realizan. No se trata de exigir al extranjero el pleno empleo durante todo el período del anterior permiso, desentendiéndose de sus circunstancias personales o de las dificultades por las que atraviesa el mercado laboral. Por ello, el despido y consiguientemente el cese temporal en el desempeño de un puesto de trabajo no debe impedirle renovar el permiso, siempre que demuestre una clara voluntad de continuar trabajando y que esta voluntad se plasme en el desarrollo de una actividad laboral que se considere normal en relación con el sector y el tipo de trabajo que desempeña. Lo contrario implicaría supeditar la renovación del permiso y, por tanto la regularización de su estancia en nuestro territorio, a circunstancias por completo ajenas a su voluntad y que podrían derivar en abusos laborales. La propia Administración –Dirección General de Ordenación de las Migraciones– dictó una Circular en la que se fijan los criterios de orden interno para la interpretación y aplicación de los preceptos del Reglamento relativos a la renovación de los permisos de trabajo. En dicha Circular se hacía referencia a la distinta interpretación de los términos examinados, señalándose que este requisito no debe ser entendido 'como una obligación exhaustiva de realizar una actividad continuada e ininte-

rumpida durante toda la vigencia del permiso' y que 'en la renovación, la autoridad laboral tendrá en cuenta las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y exigirá solamente la justificación de la realización de la actividad y el cumplimiento de obligaciones sociales durante el período de tiempo que se considere normal en el sector de actividad correspondiente, en relación con la ocupación de un trabajador español en las mismas circunstancias'. Es más la citada Circular señala que 'El término estable debe entenderse como sinónimo de habitualidad. Esta habitualidad abarcaría la sucesión o prórroga de contratos eventuales por circunstancias de la producción, o para obra o servicio determinado, o de interinidad durante la vigencia del permiso anterior, bien con la misma empresa o con varias, dentro del mismo sector de actividad, y la existencia de un solo contrato a lo largo del permiso anterior. También se apreciaría la habitualidad en los casos de contrato a tiempo parcial, siempre que queden debidamente acreditados los medios económicos de vida' y continúa afirmando que 'A título orientativo, se puede partir de un período mínimo para estimar que ha existido una ocupación estable durante la vigencia del permiso anterior, que, según el sector de actividad de que se trate, puede cifrarse entre cuatro y seis meses'. Tales criterios interpretativos pueden servir de pautas orientativas que, en todo caso, exigirán una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso. En el presente caso el recurrente estuvo desempeñando una actividad laboral durante un período de 5 meses, intentando inmediatamente conseguir un nuevo empleo, inscribiéndose en la oficina de desempleo, actividad que fructificó en la obtención de una nueva oferta laboral. Tales circunstancias, ponen de manifiesto, a juicio de este tribunal, y tomando en consideración los propios criterios orientadores de la Administración la existencia de una ocupación estable durante el permiso anterior, pues aun cuando ésta no ha sido permanente también hay que tomar en consideración la gran movilidad que existe en el sec-

Permiso de trabajo

tor de la construcción y la actividad desplegada por el recurrente para continuar trabajando.»

SEGUNDO:

(...)

Y procede rechazar tal motivo de casación, pues la conclusión de la sentencia recurrida, no se ha obtenido sólo a partir de la ocupación durante cinco meses, sino valorando, como se advierte de sus detalladas razones: a) la movilidad en el sector; b) el hecho de que una vez despedido el trabajador se dio de alta en la oficina de empleo; c) que obtuvo una nueva oferta laboral; y d) una Circular de la propia Administración, que desarrolla y define lo que se puede y debe entender como «estable» a los efectos de la renovación del permiso de trabajo, y que a título orientativo estima se puede partir, para valorar la existencia de un empleo estable, de un período mínimo que puede cifrarse entre cuatro y seis meses. Y a la vista de todo ello se ha de entender, que la sentencia recurrida, no ha infringido lo dispuesto en el artículo 78.2 del Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero, y sí que ha aplicado adecuadamente la norma al supuesto de autos.»

* * *

NOTA: La interpretación del criterio de estabilidad del empleo como requisito para la renovación del permiso de trabajo se torna en la cuestión principal de la presente Sentencia. Reproduciendo los argumentos de la sentencia de instancia, la estabilidad se interpreta como habitualidad, debiéndose tener en cuenta para su valoración tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las objetivas del sector de actividad. En el presente caso, es cierto que el trabajador había trabajado sólo cinco meses en el plazo de un año –circunstancia que resalta el Abogado del Estado–, pero que no es considerada como relevante por el Tribunal, en el entendimiento de que, por el contrario existen otros factores –movilidad del sector de la construcción, voluntad del tra-

bajador de seguir trabajando exteriorizada por su inscripción en la Oficina de Empleo, una vez perdido su trabajo– que han de ponderar la apreciación del dato temporal. Por otra parte, debe recordarse que, en el presente supuesto, el Tribunal transcribe literalmente una Circular de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, que desarrolla y define lo que puede y debe entenderse como “estable” a los efectos de renovar el permiso de trabajo, y que, como señala la propia Sala “a título orientativo estima que se puede partir, para valorar la existencia de un empleo estable, de un período mínimo que puede cifrarse entre cuatro y seis meses”.

Tribunal: Tribunal Supremo. Sala de lo contencioso.

Fecha: 8 de julio de 2003.

Recurso: Casación n.º 6268/1999.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Situación nacional de empleo. Denegación del permiso de trabajo por no valorar la especialización de la recurrente.

“PRIMERO: La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la resolución impugnada, reconociendo el derecho al permiso de trabajo solicitado, valorando en su fundamento de derecho tercero, lo siguiente: «Tercero: Es cierto, como viene a indicar el Abogado del Estado al contestar la demanda, que el permiso de trabajo solicitado podría haber sido denegado por otro motivo, la existencia de demandantes de empleo de cocinero, que de acuerdo con el informe del INEM obrante en el expediente administrativo, eran 3.364 en la provincia de Alicante, de los cuales 176 en la localidad de Denia, que es la localidad en la que se ubica el centro de trabajo en el que se pretendía que desarrollase su trabajo como cocinero D. José Carlos, de nacionalidad paquistaní. Sin embargo, como se expone en la demanda, y ya se indicaba en la memoria descriptiva de las características de la

Permiso de trabajo

empresa y perfil del puesto de trabajo, el puesto de trabajo de cocinero lo era para un restaurante especializado en comida paquistaní, y por ello es importante que el cocinero conozca tal cocina así como las especias usadas. Dadas las específicas características de la comida paquistaní, ciertamente alejada de las costumbres culinarias españolas, el dato de que existan solicitantes de empleo como cocineros en la provincia de Alicante, incluso en la propia localidad de Denia, no sería suficiente para denegar el permiso de trabajo solicitado, pues evidentemente un cocinero que desconozca el modo de preparar los platos propios de la cocina paquistaní no cubriría las necesidades de la empresa. Por ello, y dado que en el expediente figuran todos los datos necesarios para resolver, y que por tanto la retroacción del expediente sería contraria a los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva, procede estimar la demanda en cuanto a la concesión del permiso de trabajo solicitado. No procede sin embargo acceder a la petición de concesión del permiso de residencia, que también se solicita de este Tribunal, al no existir un pronunciamiento previo de la Administración en sentido denegatorio, pues la resolución recurrida, dictada por la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, se refiere únicamente al tema para el que es competente, el permiso de trabajo, y si bien da por supuesta la denegación del permiso de residencia, ni resuelve tal aspecto ni podría hacerlo, debiéndose en todo caso señalar que en la propia resolución revocatoria de la orden de expulsión ya se hace referencia, como anteriormente hemos indicado, al derecho reconocido en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja a obtener permiso de residencia por parte de D. Jose Carlos.»

SEGUNDO. En el único motivo de casación, el Abogado del Estado, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de los artículos 18.1.a) de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio, y 37 y 51 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/86 de 26 de mayo. Alegando en síntesis, que la Administración no está obligada a hacer un examen

de los conocimientos que dentro de una concreta profesión tenga el extranjero solicitante, del permiso de trabajo, y que puede darse el caso de que un extranjero desconozca la cocina propia de un país y que por contra dentro de los españoles solicitantes de empleo puede haber alguno que conozca en profundidad la cocina paquistaní.

Y procede rechazar tal motivo de casación, pues esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencias de 13 de febrero de 2003, 20 de marzo de 2003 y 18 de junio de 2003, en supuestos similares al de autos, en los que se trataba respectivamente, de peticiones de permiso de trabajo, para cocineros de restaurantes chino, indio y chino, ha aplicado la misma doctrina de la sentencia aquí impugnada, otorgando validez y prioridad a la capacitación para el puesto de trabajo específico a que se refiere la solicitud, y tratándose cual se trata, en el supuesto de autos, de un puesto de trabajo para un restaurante paquistaní, el principio de unidad de doctrina y el de igualdad, que nuestra Constitución garantiza en su artículo 14 y que exige conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, fallos iguales para supuestos iguales, obligan, al no concurrir circunstancias específicas que posibiliten el cambio de criterio, a mantener la misma doctrina de la sentencia recurrida, que es en todo conforme a la de esta Sala, en los supuestos similares citados.”

Tribunal: Tribunal Supremo. Sala de lo contencioso.

Fecha: 18 de julio de 2003.

Recurso: Casación n.º 5528/1999.

Ponente: D. Mariano Baena de Alcázar.

Voz: Situación nacional de empleo. Denegación del permiso de trabajo por no valorar la especialización de la recurrente.

“PRIMERO: La materia de la Sentencia del Tribunal *a quo* recurrida ahora en casación se refiere a otorgamiento de permiso de trabajo a una ciudadana extranjera. Pues una ciudadana colombiana solicitó

Permiso de trabajo

el permiso acompañando la documentación correspondiente y le fue denegado por la Dirección Provincial de Trabajo, según se afirmaba en la motivación del acto administrativo por existencia de españoles en paro que podían desempeñar el puesto de trabajo. Ante ello la ciudadana extranjera recurrió en vía contenciosa.

El Tribunal *a quo* comienza destacando en los fundamentos de derecho de su sentencia que en supuestos como el presente basta emplear cualquier medio de prueba para acreditar el cumplimiento de los requisitos que exige la normativa. A continuación expone que la Administración ha denegado el permiso en aplicación de los artículos 18.1, apartado a) de la Ley Orgánica de Extranjería 7/1985 y 37.4, apartado a) de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, preceptos estos que a pesar de su concreción requieren matizaciones que ha venido estableciendo la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Al referirse a las circunstancias del caso de autos se alude a la indeterminación que en ciertos supuestos presenta la certificación acreditativa de que hay españoles en paro aptos para desempeñar el puesto de trabajo. Se entiende que ello es lo sucedido en el caso de autos, pues la peticionaria del permiso de trabajo es especialista en fonoaudiología, sistema A.V.E.L. Dada ésta que se califica como superespecialidad, y a la vista de los términos en que está redactada la certificación sobre los trabajadores españoles en paro, se considera que no procede la aplicación de los artículos antes citados de la Ley Orgánica de Extranjería y de su Reglamento y sí en cambio estimar que el otorgamiento del permiso de trabajo no lesiona o menoscaba el empleo interior.

SEGUNDO:

(...)

El razonamiento del defensor de la Administración es en definitiva sencillo, pues consiste en que la

interpretación de los preceptos mencionados hecha por el Tribunal *a quo* parte de un presupuesto erróneo, el de que el certificado expedido es tan vago en sus términos que no permite concluir que hay españoles en paro aptos para desempeñar el puesto, cuando consta en el expediente que en la zona de Madrid había 276 españoles en paro en el sector. Por otra parte se sostiene que de poseer la solicitante una superespecialidad dentro de la fonoaudiología debió acreditarlo, lo que resultaba tanto más necesario cuanto que la empresa en la que está contratada no se dedica sólo a pedagogía, rehabilitación y otros extremos relativos a la audición, sino también a la comercialización y venta de prótesis auditivas.

Debe convenirse en que asiste la razón al representante de la Administración. Aunque el certificado o informe del Instituto Nacional de Empleo que consta en autos no es un modelo de documento administrativo de gran expresividad y claridad, de él se desprende la existencia en Madrid de 276 españoles demandantes de trabajo dedicados a esa especialidad. Por lo demás aunque el permiso de trabajo se solicitó como especialista en fonoaudiología sistema A.V.E.L. lo cierto es que del expediente y los documentos presentados no se deduce que se haya demostrado suficientemente la superespecialidad respecto a la fonoaudiología.

En consecuencia el Tribunal Superior de Justicia debió aplicar los preceptos antes citados de la Ley Orgánica de Extranjería y de su Reglamento, a tenor de los cuales no procede el otorgamiento del permiso de trabajo cuando existan españoles en paro que puedan ejercer la especialidad o desempeñar el puesto para que el se solicita el empleo. Por tanto debemos acoger el primer motivo de casación y estimar el presente recurso.”

* * *

NOTA: Como no podía ser de otro modo, la crónica de jurisprudencia del presente número tiene que referirse a la situación nacional de empleo, criterio

Permiso de trabajo

neurálgico que opera en la concesión de las autorizaciones para trabajar.

La primera de ellas, STS (Sala de lo Contencioso) de 8 de julio de 2003, expresamente alude a las Sentencias del mismo tribunal de 20 de marzo y 18 de junio de 2003, que resolvían supuestos de solicitud de permiso de trabajo para cocineros especialistas en cocina china e india, respectivamente, que ya han sido glosadas en el n.º 4 de esta Revista, por lo que allí nos remitimos.

Tal vez proceda insistir en que en estos casos, y ante la alegación del Abogado del Estado de que la Administración no está obligada a hacer un examen de los conocimientos que tenga el extranjero solicitante, que es cierto, no puede olvidarse que sobre los mismos existe una presunción de existencia siempre y cuando se alegue una concreta profesión.

En cuanto a la segunda, STS de 18 de julio de 2003, el Tribunal al casar parcialmente la Sentencia de Instancia no se aparta de lo que ya puede considerarse doctrina consolidada acerca de la interpretación del criterio de la situación nacional de empleo, pues en este caso concreto, no ha quedado suficientemente acreditada la “superespecialidad” que requería el puesto de trabajo para el que se solicitaba el permiso de trabajo.

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza.

Fecha: 16 de junio de 2003.

Voz: Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Inadmisión a trámite. Situación nacional de empleo. Estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Aragón que desestimó el recurso de reposición que había denegado a la recurrente el permiso de trabajo y residencia para el trabajo de peón agrícola.

“En el caso presente, la Administración sin consultar al INEM ni justificar que tuviese conocimiento directo de la situación nacional de empleo —incluyendo en la misma la existencia de trabajadores españoles o extranjeros del contingente— circunstancia a la provincia y al servicio doméstico, ya que no puede considerarse tal un informe que obra en el folio 16, de 22 de julio de 2002, en el que no se dice cuántos trabajadores extranjeros había disponibles de los pertenecientes al contingente ni tan siquiera cuántos había habido, aunque estuviesen trabajando, y sin indicar tampoco que no había trabajadores españoles, denegó el permiso laboral, que acarrió la denegación del permiso de residencia también, al cual va unido con arreglo al artículo 36 de la Ley.

Dicho lo anterior, se puede concretar dos causas de anulación del acto recurrido. La primera es que no se justifica la motivación que se da para la causa de la denegación, ya que no basta con una afirmación, carente de todo fundamento fáctico y justificación efectiva, relativa a la existencia de trabajadores en el mercado nacional debida al contingente. Al respecto, el TS, en Sentencia de 10 de junio de 2002 dice, con relación a la ausencia de informe del INEM, «Tercero: Tiene declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de 5 de diciembre de 1989, 30 de julio de 1995 y 15 de abril y 27 de junio de 1997), en relación con la materia de que ahora se trata aunque con referencia al artículo 18 de la Ley Orgánica 7/1985, que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros en España, y al artículo 51 del Reglamento de ejecución de la misma Ley aprobado por RD 1119/1986, de 26 de mayo, que la Administración competente no goza en su facultad decisoria de una discrecionalidad absoluta y total, sino que ha de considerarse con ponderación y análisis del supuesto los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio reglados, motivando las causas que determinan la concesión o no, sobre todo en el caso de denegación, de los permisos de trabajo, porque sólo así, al estar ante la presencia de una potestad de intervención de un derecho fundamental de la persona amparada por

Permiso de trabajo

la Constitución Española, por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de New York de 1966 y por la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, como es el derecho al trabajo, resulta posible con posterioridad constatar y controlar en vía judicial si el acto dictado se atempera al ordenamiento aplicable y se inspira en los límites y fines que objetivamente lo justifican. Habida cuenta de la doctrina que ha quedado expuesta, no puede considerarse que la falta del informe preceptivo del INEM pueda subsanarse por una supuesta evidencia de que el órgano administrativo decisor cuente con los datos precisos que hacen aquél innecesario. Y por ello, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala ha de acogerse el motivo de casación, ha de anularse la sentencia de instancia, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.3, ha de resolverse lo procedente dentro de los términos en que aparece planteado el debate». Aun cuando en este caso no estamos hablando de un informe preceptivo, sí que estamos hablando de una necesidad de motivación, artículo 54.1 de la Ley 30/1992, y por ausencia de motivación debe de entenderse tanto la falta absoluta de la misma como la carencia de relación entre la motivación dada y la realidad, pues no se da razón de ciencia de lo que se afirma, lo cual es como no motivar. Sólo por ello, cabría anular el recurso, si bien eso justificaría la retroacción del procedimiento, pero la segunda causa, que ahora se dirá, lo impide, y obliga, además de anular, a reconocer el derecho al permiso de trabajo.

Así, la razón dada no se ajusta a la realidad, ya que se ha aportado dos informes, ambos de 22 de octubre de 2003, folios 6 y 25, en los que se dice en uno que habla de dos demandantes de empleo que fueron rechazados por la empresa y que por tanto, se dice en el otro, no había demandantes disponibles para cubrir tal puesto, sin que se haya aportado por la Administración documentación al respecto que acredite que al momento de tramitarse la solicitud, de 1 de marzo de 2002, hubiese cambiado la situación. Estamos, por tanto, ante un caso similar al que

examinó el TSJ de Cataluña en Sentencia de 18 de enero de 2002, con relación a una denegación de permiso en el cual se decía que había trabajadores en la misma provincia. En dicha sentencia el TSJ sostenía que «no acreditándose de manera razonable que alguno de los inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Lérida estuvieren dispuestos a trasladarse desde sus respectivos municipios al de Alcarrás y evidenciándose –merced al retardo en resolver la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que permite conocer lo acontecido en estos últimos años– la necesidad de mano de obra en el sector agrícola en la provincia de Lleida, en las fechas a que se refiere el acto impugnado, no resulta ajustada a derecho la denegación sustentada en la existencia de demandantes de empleo en el sector y área geográfica». Al respecto, es importante poner en relación el concepto de zona geográfica, incluso el del mercado nacional del trabajo, con el tipo de trabajo concreto, ya que puede haber trabajos en los que, por su especialidad y por los precios que se puedan cobrar sea normal que no los haya en la provincia y que no obstante se les pueda traer al lugar donde son necesarios, pagando lo que sea preciso, como por ejemplo trabajadores submarinistas de plataformas petrolíferas. Por el contrario, en trabajos como el de peón agrícola, poco seguros y escasamente remunerados, y además de cierta dificultad, al tener que trabajar en una actividad más específica como la de la granja porcina, no se puede pretender que se traiga a Zaragoza a una persona de, por ejemplo Lugo, e incluso dentro de la zona geográfica puede no interesarle, si por sus necesidades de transporte, al vivir en un pueblo o en un barrio mal comunicado, el sueldo esperado no le compensa aceptar el trabajo.

Si la sentencia del TSJ de Cataluña mencionada consideró injustificada la negativa por haber trabajadores en la provincia pero no estar dispuestos al traslado, con más razón se puede considerar injustificada la denegación si además consta la inexistencia de trabajadores en el sector dentro de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Permiso de trabajo

De todo lo anterior, resulta obligado anular la resolución y reconocer el derecho de la recurrente al permiso de trabajo, debiendo de continuarse la tramitación respecto del permiso de residencia, que tiene un carácter gubernativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la LO 4/2000 y 87 del RD 86/2001.”

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Zaragoza.

Fecha: 18 de septiembre de 2003.

Voz: Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Denegación por situación nacional de empleo.

Resumen: El Tribunal declara nula la resolución denegatoria del permiso de trabajo por ser contraria al ordenamiento jurídico. Se reconoce como situación jurídica individualizada el derecho del recurrente a la prosecución del procedimiento en lo referente al permiso de residencia y concesión de visado, de manera que de no darse informe desfavorable se conceda el permiso de trabajo y residencia interesado.

“En el caso presente, como sucedía en el resuelto por la sentencia del Juzgado n.º 1, la Administración, sin consultar al INEM ni justificar que tuviese conocimiento directo de la situación nacional de empleo –incluyendo en la misma la existencia de trabajadores españoles o extranjeros del contingente– circunscrita a la provincia y a asistentes domiciliarios, pues no puede atribuirse carácter a tal informe al obrante al folio 28 del expediente administrativo, pues nada se dice sobre el número de trabajadores extranjeros disponibles de los pertenecientes al contingente, tampoco decía nada sobre los que hubiera podido haber y estaban trabajando, ni tampoco decía nada sobre la existencia de trabajadores extranjeros. No obstante, denegó el permiso laboral lo que motivó la denegación del permiso de residencia, al que va necesariamente unido con arreglo al artículo 36.1 de la Ley 4/2000 en la redacción dada por la Ley 8/2000.

Dicho lo anterior, se pueden concretar dos causas de anulación del acto recurrido. La primera hace referencia a la falta de motivación adecuada de la denegación, pues es insuficiente la simple afirmación relativa a la existencia de trabajadores en el mercado nacional, sin disponer del correspondiente respaldo fáctico (...).

Aunque el del INEM no sea un informe preceptivo, su constancia es indispensable a los efectos de servir de motivación a la resolución denegatoria, lo que serviría para justificar la retroacción del procedimiento, al tratarse de un defecto que únicamente supondría la anulabilidad de la resolución y como tal sería susceptible de subsanación.

No obstante, ya se ha dicho más arriba que son dos motivos a estimar, el segundo, de mayor calado del anterior, tiene por causa que el motivo que se ofrece en la resolución impugnada, la suficiencia de trabajadores, no se ajusta a la realidad. En el expediente administrativo (folio 5) se ha aportado un informe de la Oficina del INEM de San José, de fecha 1 de abril de 2002, en la que se hace constar expresamente: «No existen demandantes de empleo disponibles para cubrir la oferta de referencia». Sin que, como ya se ha dicho, se haya aportado por la Administración documentación que acredite que al tiempo de formularse la solicitud (29 de abril de 2002) la situación fuese diferente a la que señala el certificado mencionado. Se trataría de un supuesto similar al contemplado en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de enero de 2002, con relación a una denegación de permiso en la cual se decía que había trabajadores en la misma provincia. En dicha sentencia el TSJ sostenía que «no acreditándose de manera razonable que alguno de los inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Lérida estuvieren dispuestos a trasladarse desde sus respectivos municipios al de Alcarràs y evidenciándose –merced al retardo en resolver la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que permite conocer lo acontecido en estos últimos años– la necesidad de mano de obra en el sector agrícola en la provincia de Lleida,

Derecho penal

en las fechas a que se refiere el acto impugnado, no resulta ajustada a derecho la denegación sustentada en la existencia de demandantes de empleo en el sector y área geográfica».

Si la sentencia del TSJC mencionada consideró injustificada la negativa por haber trabajadores en la provincia pero no estar dispuestos al traslado, con más razón se puede considerar injustificada la denegación si además consta la inexistencia de trabajadores en el sector dentro de la provincia.

Po lo expuesto, procederá anular la resolución impugnada y en consecuencia reconocer el derecho del recurrente al permiso de trabajo, debiendo de continuarse la tramitación respecto del permiso de residencia, que tiene un carácter gubernativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la LO 4/2000 y 87 del RD 864/2001.”

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Fecha: 20 de junio de 2003.

Recurso de Apelación: 118/2003.

Ponente: D. Antonio Eloy López Millán.

Voz: Delito de matrimonio ilegal. Natural de Guinea Ecuatorial. Permiso de residencia.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado en representación de don F., confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado de lo Penal de Zaragoza, por delito de matrimonio ilegal.

“La sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica: «Hechos Probados.—Probado y así se declara que, el acusado F., mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 23 de junio de 1999, contrajo matrimonio con M., en Zaragoza, ante el Juez autorizante

y en presencia de varios testigos, con pleno conocimiento de que su primer matrimonio anteriormente celebrado en la ciudad de Bata (Guinea Ecuatorial), el 5 de septiembre de 1992, con M., no había sido disuelto».

(...).

(...) el recurrente señala una serie de pasajes donde a su criterio son apreciables los vicios denunciados, entre otros las reseñas de inscripción del matrimonio; el hecho de que el juez que aparece como autorizante del matrimonio no podía ser juez de Bata, por ocupar según dice, el cargo de secretario de la corte suprema de justicia; el lugar de nacimiento del hijo según la inscripción literal no se corresponde con el que figura en el libro de familia. Y tras ello plantea una hipótesis fáctica distinta de la recogida en la sentencia de instancia, censurando en una interpretación subjetiva la realidad que el relato fáctico cuestionado nos ofrece, dado que el mismo es una narración clara y determinante de los hechos ocurridos y de la participación que en los mismos tuvo el acusado; lo que hace en definitiva que no existiendo el error alegado proceda el rechazo del motivo; máxime cuando: a) tras librar la correspondiente comisión rogatoria, por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Cooperación internacional y Francofonía de la República de Guinea Ecuatorial se informa de la existencia legal del matrimonio de F. y M. b) Consta el acta de manifestaciones y de presencia otorgada por el acusado ante el notario de esta ciudad don J.M.B.F. de P. con fecha 23 de marzo de 1998, al efecto de obtener la concesión de visado de entrada para residencia de su esposa M.; así como la solicitud de reagrupación familiar de la citada esposa.

Se alega finalmente inaplicación del artículo 9 del Cc.

Tratándose de una cuestión nueva no planteada ni en el escrito de conclusiones provisionales ni al elevar éstas a definitivas en el acto del juicio, por tanto, sin haber tenido el Ministerio Fiscal la posibilidad

de contradecir tal pretensión, su admisión en este momento procesal supone indefensión para el resto de las partes, que viene vedada por reiterada jurisprudencia del TS lo que hace que proceda el rechazo de la misma.”

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 26 de junio de 2003.

Recurso de Casación: 141/2003.

Ponente: D. Luis-Román Puerta Luis.

Voz: Delito contra la seguridad de los trabajadores extranjeros. Ciudadanos marroquíes. Presunción de inocencia.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por los recurrentes contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería en la que se condenó a los recurrentes como autores directos de cuatro delitos de secuestro, uno de amenazas y uno contra la seguridad de los trabajadores extranjeros.

“Por la representación procesal de los recurrentes se formalizó recurso de casación en base a tres motivos diferentes, dos por infracción de Ley y uno por vulneración de preceptos constitucionales, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, en fecha 10 de diciembre de 2002, en la que se condenó a los recurrentes como autores directos de cuatro delitos de secuestro, un delito de amenazas y un delito contra la seguridad de los trabajadores extranjeros, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de, por los cuatro delitos de secuestro siete años de prisión por cada uno de ellos; por el delito de amenazas, a la pena de veintiún meses de prisión; y por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses, con una cuota diaria de seis euros, con la accesoria para todas las penas de privación de libertad, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

(...).

La STC 123/2002, de 20 de mayo, ha recordado que el «derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, de modo que toda Sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que se sustenta la declaración de responsabilidad penal, dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable».

En el presente caso, el Tribunal de instancia ha contado con pruebas de cargo válidas, que sustentan el fallo condenatorio que contiene la sentencia recurrida, en la que su fundamento de derecho primero, está dedicado a la explicación y valoración en conjunto de la misma. Así el testimonio de los denunciantes emitido en la fase de instrucción con las debidas garantías y traído al juicio oral mediante la lectura del mismo al desconocerse el paradero de aquéllos. Junto a éste, el reconocimiento de los acusados por parte de las víctimas como autores de los hechos denunciados; y por último el testimonio emitido en el acto del plenario por los miembros de la Guardia Civil que corroboran la versión de las víctimas.

Por tanto el acervo probatorio ha sido traído al juicio oral sin que por ninguna de las partes se hiciera reserva alguna. Así las cosas la acusación ha propiciado que todas las declaraciones de los denunciantes efectuadas con las debidas garantías que obran en las diligencias de investigación se incorporen plenamente al conocimiento, contradicción y consiguiente enjuiciamiento de la Sala. En consecuencia, a la vista de lo preceptuado en el artículo 726 de la LECrim, el órgano judicial pudo tomar en consideración sin limitaciones tales declaraciones al estar documentadas, por lo que no cabe negar validez a la testifical de los perjudicados tal y como pretenden los recurrentes.

Derecho penal

Acorde con la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se confirma la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia que asistía al recurrente, al constar junto con las declaraciones de los perjudicados, las manifestaciones de los agentes intervinientes, las cuales fueron prestadas en el plenario, con las garantías propias de la contradicción, intermediación y publicidad, pudiendo el Letrado interrogar a aquéllos, por lo que las mismas tienen plena eficacia probatoria.

Por tanto, al comprobarse la existencia de prueba de cargo suficiente, así como que su ponderación se ha realizado por el Tribunal en forma razonada, de acuerdo con la lógica y la experiencia, sin vulneración de las garantías constitucionales de los acusados, resulta palmariamente de manifiesto la ausencia de fundamento, incurriendo así el motivo en la causa de inadmisión prevista en el artículo 885.1.º de la LECrim.”

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Penal de Cáceres.

Fecha: 27 de junio de 2003.

Ponente: D. Salvador Castañeda Bocanegra.

Voz: Delito contra los derechos de los trabajadores. Nacionales ecuatorianos.

Resumen: El Tribunal estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de E., y estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don J.A., contra la sentencia del juzgado de lo penal de Cáceres que revoca parcialmente en el sentido de absolver a los acusados del delito contra los derechos de los trabajadores.

“En la delimitación del tipo penal del artículo 312, debemos de distinguir dos líneas jurisprudenciales diferentes. Por un lado la fijada por aquellas sentencias que entienden que para la apreciación de aquel precepto es suficiente la ocupación de trabajadores extranjeros carentes de permiso de trabajo, sin que se les respeten los derechos que el ordenamiento

jurídico reconoce con carácter general a todo trabajador. Esta línea jurisprudencial está en consonancia con los criterios recogidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1992 que indicaba: «Es, pues, la seguridad y estabilidad en el trabajo el bien jurídico protegido que incuestionablemente se vulnera cuando el empresario somete a los trabajadores a su servicio a una ausencia casi total de derechos laborales y de la Seguridad Social, aprovechándose de su anómala situación laboral en España, creando una relación laboral clandestina».

Frente a aquella línea jurisprudencial, otras sentencias hacen una interpretación más restrictiva del artículo 312, *in fine*, del Código Penal. Ello es así porque la propia condición de súbdito extranjero sin permiso de trabajo conlleva, al establecerlo así la propia normativa, la carencia o limitación de algunos derechos, y, por ello, no se puede imputar al empresario cualquier restricción de los derechos de estos trabajadores, sino sólo los de aquellos que dependen de su actuación. En consecuencia, para la aplicación del artículo 312 del Código Penal no basta que los incumplimientos a los que se refiere afecten a cualquier derecho, sino que es necesario que alcancen a aquellos cuyo cumplimiento esté exclusivamente en manos del empresario. En otras palabras, según esta línea jurisprudencial, la mera contratación de trabajadores extranjeros en situación irregular lleva aparejada en sí misma una limitación de derechos laborales mínimos. Por ello el ilícito penal que describe el artículo 312 del Código Penal exige un plus a fin de que el ilícito administrativo se pueda convertir en un ilícito penal, que estos trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo se empleen en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieran reconocidos. En definitiva, para que sea de aplicación el artículo 312 del Código Penal, además de la contratación ilegal, se precisa que se perjudique a los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en sus derechos laborales mínimos. Esto comporta la necesidad de acreditar cuáles serían las condiciones mínimas que la Ley laboral, el convenio o el con-

trato individual exigen en cada caso concreto. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 26 de septiembre de 2000 afirma que «no puede acogerse la tesis del Ministerio Fiscal, el cual entiende que la no posibilidad de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, de una asistencia técnica sanitaria y de la posibilidad de sindicación, ya es suficiente para las exigencias del tipo. Es precisamente la condición de 'ilegal' y no el hecho de la contratación lo que dificulta el disfrute de todos y cada uno de los derechos que se refiere el recurso y, por ello, el ordenamiento administrativo laboral ya se ocupa de estas situaciones»; y la de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de diciembre de 1999 señala que «si en su redacción habla de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos (...), al calificar los hechos enjuiciados como delictivos, partiendo de la afirmación de que dichos trabajadores en ningún caso puedan acogerse al sistema de protección de la Seguridad Social y que ello constituye siempre una imposición realizada en perjuicio de sus derechos, obviando la específica referencia a la exigencia de que se produzcan las condiciones objetivas de punibilidad previstas en el tipo delictivo mencionado, máxime cuando, por otra parte la Ley General de la Seguridad Social solamente prevé sanción administrativa respecto de los casos en que, no habiendo estado afiliados los trabajadores en la Seguridad Social, se encuentren en situación legal de poder serlo».

(...).

(...) se hace preciso analizar si el trabajo para el que han sido contratados los denunciantes J.I. y C. se puede desarrollar en condiciones que pudieran perjudicar, suprimir o restringir los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. La sentencia de instancia únicamente fundamenta la tipicidad de la conducta de los inculpados en el hecho de que no dieron de alta en la Seguridad Social a

los trabajadores extranjeros que habían contratado. Tenemos que indicar que no resulta legalmente posible el alta en la Seguridad Social de un trabajador sin permiso de trabajo, criterio este compartido por el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de noviembre de 1997). Se llega así a la paradójica situación de que la sentencia de instancia fundamenta una condena en la falta de alta en la Seguridad Social que, en todo caso, pudiera representar una infracción administrativa muy grave (artículo 35 de la Ley 5/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificada por la Ley de 19 de marzo de 1994), siendo así que el precepto legal, como ya hemos indicado, exige la concurrencia de un elemento normativo cual es que el trabajo se desarrolle en condiciones que «perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual».

Se hace necesario, pues, analizar cómo era el sueldo que habían contratado tales súbditos extranjeros, que, en el relato histórico de la sentencia recurrida, se dice que es de 420,71 euros mensuales, cada uno, más el alojamiento y ciertos gastos como luz, agua y pago en especie. Pues bien, en el informe de la Inspección de Trabajo, que obra al folio 188, se dice que «la empresa y los trabajadores extranjeros, encuadrados en el Convenio Colectivo Laboral del Campo, de ámbito de la Comunidad Autónoma, publicado en el Diario Oficial de Extremadura de 26 de julio de 2001, el salario base para la categoría de Casero en Cáceres es de 511,74 euros y el salario en especie en el caso de vivienda, luz, agua, supone un 45% del mismo. Cada trabajador, a través del informe aludido, percibía 420,71 euros, más el 45% del salario en especie, 230 euros, es decir 650 euros, lo que supone un montante de 139,25 Euros más que el salario base establecido por Convenio.»

Derecho penal

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 3ª.

Fecha: 27 de junio de 2003.

Ponente: D. Jesús Martínez Abad.

Voz: Delitos de secuestro y contra los derechos de los trabajadores extranjeros. Súbditos marroquíes. Inmigración clandestina.

Resumen: El Tribunal condena a los acusados de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Inmigrantes marroquíes.

“En estas declaraciones, se pone de manifiesto que J.M. exigió a los cuatro inmigrantes marroquíes a los que había trasladado en su vehículo desde Tarifa hasta Vócar el pago de 1.200 euros a cada uno de ellos como condición para poder abandonar la cochera en que quedaron confinados bajo la vigilancia de los otros dos procesados, C.D. y M.A. , y posiblemente de otros individuos que no han sido juzgados en esta causa, prevaliéndose de la situación de necesidad de estas personas, acentuada, en primer lugar, por el fuerte desembolso económico que habían hecho para afrontar el viaje clandestino en patera hasta la costa española, y en segundo lugar, por su estancia irregular en territorio español, de manera que la conminación de los secuestradores de que si no abonaban la cantidad exigida darían aviso a la policía para que procedieran a su expulsión neutralizó cualquier pensamiento de fuga en las víctimas ante la eventualidad de ser devueltos a su país de origen sin posibilidad de recuperar el dinero satisfecho a las redes organizadas que operan el tráfico ilegal de inmigrantes en la zona del Estrecho.

En cuanto al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis del CP, concurren en los hechos narrados los elementos tipificadores de esta infracción, introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros, y que se configura en el apartado 1 de dicho precepto como aquella conducta que, de algún modo, promueve, favorece o facilita el tráfico ilegal

de personas «desde, en tránsito, o con destino a España», agravándose dicha conducta –apartado 2–, cuando exista ánimo de lucro o se abuse de una situación de necesidad de la víctima. Se trata de un delito de configuración colectiva, por lo que, a pesar de ser varias las personas marroquíes conducidas hasta Vócar tras ser introducidas irregularmente en España, únicamente se puede apreciar un solo delito como acertadamente califica el Ministerio Fiscal que, en trámite de conclusiones definitivas, retiró su acusación por esta infracción respecto de los procesados C.D. y M.A., manteniéndola exclusivamente contra J.M., cuya participación en los hechos resulta plenamente acreditada por las razones que más adelante se expondrán.

(...).

Del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J.M. con arreglo a lo ordenado en los artículos 27 y 28 del mismo Código, por haberlo perpetrado directa y personalmente, como resulta de las manifestaciones del propio acusado en las que reconoce que se trasladó en su automóvil a Tarifa a instancias de un primo suyo a recoger a un amigo del mismo, llevando consigo finalmente hasta la cochera del paraje San Luciano del término municipal de Vócar a cuatro personas, las mismas que fueron liberadas por la Guardia Civil.

A su vez, L.F. afirma que J.M. estaba esperándolos en el lugar en que desembarcaron procedentes de Marruecos, por lo que conocía su condición de inmigrantes clandestinos, aprovechándose de la situación de necesidad en que se hallaban estas personas por su entrada irregular en territorio español para, con intención de obtener un beneficio ilícito, reclamarles una contraprestación económica por su traslado a esta provincia –lo que determina la aplicación del subtipo agravado del apartado 2 del citado artículo 318 bis del CP– y al no hacerla efectiva decidió, de común acuerdo con los otros procesados, confinarlos en la cochera hasta que sus familia-

res abonaran la cantidad exigida que de este modo se convirtió en el precio del rescate.”

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 3 de julio de 2003.

Recurso de Casación: 102/2003.

Ponente: D. Luis-Román Puerta Luis.

Voz: Delito contra la seguridad de los trabajadores extranjeros.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por el recurrente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“El segundo motivo se basa en el artículo 849.1º de la LECRIM, por aplicación indebida del artículo 318 bis 1, 2, 3, del CP, pues el recurrente ignoraba que en el interior del vehículo se encontraban las dos mujeres.

La reiterada jurisprudencia de esta Sala II tiene afirmado que la vía casacional del artículo 849.1º de la LECRIM, requiere de modo indispensable, para poder ser examinado de fondo, que la tesis que en el recurso se sostenga respete de modo absoluto en toda su integridad, orden y significación los hechos que se declaren probados, cualquiera que sea la parte de la sentencia en que consten. (STS de 31 de enero de 2000).

Y en la sentencia combatida se declara como probado que el acusado fue sorprendido en el puerto de Ceuta cuando pretendía acceder al transbordador con destino a Algeciras llevando ocultas en un doble fondo efectuado en el lateral de la furgoneta que conducía a dos personas que pretendía introducir ilegalmente en la península a cambio de dinero.

Como consecuencia de la forma que las ocultaba (de forma inhumana, alojadas entre el lateral del vehículo y el panel de madera que las tapaba, con poca ventilación) y debido al calor y el espacio redu-

cido, las inmigrantes presentaban síntomas de asfixia y se encontraban entumecidas, no pudiendo moverse durante varios minutos. Tras ser descubiertas, el acusado intentó darse a la fuga corriendo, siendo interceptado por la fuerza actuante.

En consecuencia el motivo no respeta el relato de hechos probados, donde se afirma que el recurrente llevó a término la acción típica que se le reprocha, ya que favoreció o facilitó por dinero el tráfico ilegal de personas, en condiciones de riesgo para la vida de éstas, dadas las reducidas dimensiones del habitáculo o doble fondo existente en el lateral de la furgoneta conducida por el acusado donde viajaban hacinadas las dos inmigrantes, una encima de otra, de forma inhumana y en deplorables condiciones que hizo peligrar su vida dada la carencia de ventilación del referido compartimento y del que no podían salir al exterior al encontrarse tras un panel de madera atornillado al vehículo, debiendo soportar elevadas temperaturas al suceder los hechos en el mes de julio. Teniendo afirmado esta Sala II (STS de 28/06/2002), que la determinación de la concurrencia en los hechos enjuiciados del peligro que contempla el artículo 318 bis 3º CP debe ser obtenida por el Tribunal mediante un juicio de inferencia deducido del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico, toda vez que, en puridad, tal peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis. Y en el caso presente no cabe aceptar como irracional o absurdo el juicio de inferencia de la peligrosidad para la vida e integridad física de las personas que transportaba el acusado al objetivarse el grave riesgo que para la salud e integridad de las ocupantes, incluso para su vida, suponía un viaje en tan peligrosas condiciones; lo que no constituye una mera presunción, sino una realidad plenamente confirmada.”

Homologación de títulos

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 13 de noviembre de 2003.

Asunto: C-153/02.

Ponente: D. S. von Bahr.

Voz: Homologación de títulos. Estado miembro. Formación profesional. Enseñanza preparatoria para dicho título impartida en otro Estado miembro y por otro centro de enseñanza.

“La Sra. Neri se matriculó en la Nottingham Trent University (en lo sucesivo, «NTU») para obtener, tras cuatro años de estudios universitarios, un título de ciencias políticas de orientación internacional (Bachelor of Arts with honours in International Political Studies).

La NTU es una universidad sujeta a la legislación del Reino Unido, comprendida en la lista de organismos habilitados para expedir títulos académicos (Bachelor of Arts with honours) legalmente válidos, al término de cuatro años de estudios.

La NTU gestiona la enseñanza impartida en su sede, en el Reino Unido, donde se expiden los títulos finales.

Ahora bien, el artículo 216 de la Education Reform Act 1988 establece otro sistema por el cual las universidades pueden expedir títulos.

Según dicha disposición, corresponde al Minister of Education aprobar una lista de organismos que pueden dispensar todo tipo de enseñanza preparatoria para la obtención de un título que expedirá un organismo autorizado y que será homologado por ese organismo o por su cuenta. De la resolución de remisión se desprende que dicha lista comprende la European School of Economics (ESE Insight World Education System Ltd; en lo sucesivo, «ESE»).

(...).

Mediante resolución de 18 de abril de 2002 el Giudice di pace di Genova decidió suspender el curso del procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Son los principios del Tratado CE relativos a la libre circulación de personas (artículos 39 de la CE y siguientes), al derecho de establecimiento (artículos 43 de la CE y siguientes), a la libre prestación de servicios (artículos 49 de la CE y siguientes), tal como han sido interpretados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, compatibles con disposiciones o prácticas administrativas del Derecho nacional, como las consignadas (...), en particular, con disposiciones y/o prácticas administrativas nacionales que:

– impiden que el establecimiento en Italia de una sociedad de capital cuyo centro de actividad principal se encuentra en el Reino Unido ejerza en el Estado de acogida una actividad consistente en la organización y la gestión de estudios de preparación para exámenes universitarios, actividad para cuyo ejercicio la sociedad está legalmente habilitada y autorizada por los organismos estatales británicos;

– producen efectos discriminatorios frente a los actores nacionales que ejercen actividades análogas;

– prohíben y/u obstaculizan gravemente que el establecimiento en Italia de la propia sociedad adquiera, en otro Estado miembro y a título oneroso, los servicios que permiten el ejercicio de la actividad anteriormente indicada;

– disuaden a los estudiantes de matricularse en tales estudios;

– obstaculizan la formación profesional de los estudiantes matriculados, así como la obtención de un título que pueda deparar a su titular ventajas tanto para acceder a una actividad profesional como para ejercerla más lucrativamente también en otro Estado miembro?

Homologación de títulos

2) ¿Atribuye la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, en la interpretación de su artículo 2 que aquí se solicita al Tribunal de Justicia, derechos que puedan ser invocados incluso antes de obtener el título a que se refiere el artículo 1 de la propia Directiva?

(...).

3) ¿Cuál es el significado y el alcance de interrupción perjudicial (...) de la formación profesional en la interpretación de la Decisión del Consejo 63/266, de 2 de abril de 1963?, y ¿puede incluirse en esta acepción el establecimiento, en el ámbito nacional, por parte de la Administración pública, de un sistema permanente de información que ponga de manifiesto que los títulos expedidos por una universidad, aunque esté legalmente autorizada en Gran Bretaña, no pueden ser reconocidos por el Derecho nacional si se obtienen sobre la base de períodos de estudios realizados en el territorio nacional?»

(...).

(...) debe puntualizarse que la organización, a cambio de una retribución, de cursos de formación superior es una actividad económica comprendida en el capítulo del Tratado relativo al derecho de establecimiento cuando la desarrolla un nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro, de modo estable y permanente, desde un establecimiento principal o secundario en este último Estado miembro (...).

(...).

Para un centro de enseñanza, como la ESE, que organiza cursos de formación con el fin de que los estudiantes obtengan títulos que pueden facilitar su acceso al mercado de trabajo, el reconocimiento de tales títulos por las autoridades de un Estado miembro reviste una importancia considerable.

Es manifiesto que una práctica administrativa, como la controvertida en el asunto principal, en vir-

tud de la cual algunos títulos expedidos al final de los cursos de formación universitaria impartidos por la ESE no son reconocidos en Italia, puede disuadir a los estudiantes de cursar tales estudios y entorpecer así gravemente el ejercicio por la ESE de su actividad económica en dicho Estado miembro.

Por consiguiente, debe señalarse que una práctica administrativa como la controvertida en el litigio principal constituye una restricción a la libertad de establecimiento de la ESE con arreglo al artículo 43 de la CE.

(...).

El Tribunal de Justicia (Sala 5ª), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Giudice di pace di Genova mediante resolución de 18 de abril de 2002, declara: El artículo 43 de la CE se opone a una práctica administrativa, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual los títulos universitarios de segundo ciclo expedidos por una universidad de un Estado miembro no pueden ser reconocidos en otro Estado miembro cuando los cursos de preparación para tales títulos hayan sido impartidos en este último Estado miembro por otro centro de enseñanza, de conformidad con un acuerdo celebrado entre ambos centros.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 17 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 2457/1998.

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título de arquitecto obtenido en Perú. Solo cabe cuando se haya establecido la equivalencia entre la formación requerida para obtenerlo y la que se exige en España para lograr ese título.

Resumen: El Tribunal declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias sobre homologación de títulos.

Homologación de títulos

“El recurrente, ciudadano español, solicitó del Ministerio de Educación y Ciencia la homologación del título de Arquitecto que había obtenido en la Universidad Nacional San Agustín, de Arequipa (Perú), por el español de Licenciado en Arquitectura. El Ministerio accedió a ello, si bien condicionó tal homologación a la previa superación de una prueba de conjunto, de conformidad con el artículo 2 del Real Decreto 86/1987, sobre condiciones de homologación de los títulos académicos extranjeros de educación superior. Se guió para tomar esa decisión por el informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades que se había pronunciado en ese sentido en ocasiones anteriores en casos semejantes.

(...).

Delimitado el objeto del proceso en torno a si era o no procedente exigir la previa superación de la prueba de conjunto como condición para acordar la homologación, la Sala de instancia respondió negativamente porque el título cuya homologación se pidió está contemplado entre aquellos respecto de los que el artículo XI del Convenio de Intercambio Cultural entre España y Perú, de 30 de junio de 1971, dice que serán reconocidos en España con el mismo valor que le conceden las propias autoridades peruanas. Es decir, es uno de los títulos para los que ese precepto dispone el reconocimiento automático. Siendo esto así y teniendo en cuenta la posición que a los tratados y convenios internacionales atribuye el artículo 96 de la Constitución, concluye la Sala de Las Palmas que no es procedente condicionar la homologación a la superación de ninguna prueba. Por eso, estima el recurso y reconoce el derecho del recurrente a la homologación directa de su título.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado tiene un único motivo que se ampara en el artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción. Estructura en la infracción por la Sentencia del Convenio de 1971, del artículo 96 de la Constitución y del artículo

6 del Real Decreto 86/1987. Su argumento es que los títulos no pueden convalidarse únicamente en atención a su denominación, sino que es preciso comprobar si se da entre aquel cuya homologación se pretende y el español al que se homologa equivalencia en la formación que conduce a ellos. Esto es algo que se desprende de la finalidad del Real Decreto 86/1987 y, además, responde a los compromisos de España con la Unión Europea. De ahí que afirme que, habiendo comprobado la Administración que no hay esa equivalencia, sin que se haya desvirtuado tal apreciación en el proceso, no es procedente la homologación automática, sino previa prueba de conjunto. Añade el Abogado del Estado que al sostener este planteamiento no está cuestionando la enseñanza que se imparte en la Universidad que expidió el título al que se refiere este proceso, sino sólo señalando que, en este caso, bajo la misma expresión no se habla de la misma cosa.

Debemos estimar el recurso de casación acogiendo el motivo formulado por el Abogado del Estado. Esta Sala viene reiterando que la homologación de los títulos extranjeros de educación superior no puede hacerse sin comprobar previamente la existencia de la necesaria equivalencia con los españoles a los que se pretende homologarlos. Ni los Convenios internacionales como el suscrito con Perú en 1971, ni el artículo 96 de la Constitución, ni los preceptos del Real Decreto 86/1987, lo impiden. Así lo ha sostenido esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 24 de abril (casación 7756/98) y de 9 de julio, ambas de 2001 (casación 3988), cuya doctrina apunta a lo contrario de lo establecido por la Sentencia recurrida. Esa circunstancia nos lleva a la estimación del recurso de casación y a entrar en el fondo del litigio para resolverlo.

Enfrentados a la solicitud de homologación y a la decisión administrativa de concederla solamente previa superación de la prueba de conjunto, hemos de tener especialmente presente el parecer de la Comisión Académica del Consejo de Universidades que, atendiendo a precedentes en los que se habían

Homologación de títulos

planteado y resuelto ya solicitudes de homologación de este título de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, se manifestó favorablemente a la homologación pero, previa superación de la prueba de conjunto. Siendo ese parecer el criterio de un órgano técnico especializado y no habiendo en el proceso elementos para desvirtuar el juicio de aquella Comisión, debemos seguir su parecer, lo que nos lleva a la desestimación del recurso contencioso-administrativo y a la confirmación de la conformidad a Derecho de la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 17 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 2421/1998.

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título de médico especialista en dermatología médico-quirúrgica y venereología por la Universidad de la República Argentina. No procede porque los documentos presentados no tienen la consideración de títulos académicos y no reflejan que se haya seguido un proceso de formación equivalente al que se exige en España.

Resumen: El Tribunal declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por don J.M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre homologación de título.

“El actor, médico español, solicitó del Ministerio de Educación y Ciencia la homologación de su Diploma de Estudios en Dermatología por la Universidad de Cuyo (Mendoza, Argentina) y de su certificado del Ministerio federal de Salud que había obtenido tras seguir un proceso de formación en aquel país, por el español de Médico Especialista en Dermatología Médico-Quirúrgica y Venereología. Su solicitud fue denegada a la vista del informe desfavorable de la Comisión Nacional de la Especialidad, que manifestó, respecto de ella lo siguiente: que el sistema de selección seguido no es homologable al que existe en España (1); que el período de formación no es equiparable en duración al requerido en España

(2); que el contenido formativo no es homologable al que se sigue en España (3); que la formación recibida no está incardinada en un programa de formación completa de cuatro años (4); que no hay limitación en el número de plazas acreditadas para la docencia en la unidad de Dermatología del Hospital en el que trabajó (5).

(...).

La Sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha decisión, considerándola, por tanto, conforme a Derecho. Entendió la Sala de instancia que los documentos presentados por don J.M. no podían beneficiarse del régimen de reconocimiento previsto en el artículo 2 del Convenio de 23 de marzo de 1971 suscrito por España y Argentina, ya que, de conformidad con las normas del Real Decreto 86/1987, es en los tratados y convenios internacionales donde hay que buscar, en primer lugar, las normas para resolver estas cuestiones. Y no era posible porque el Diploma de la Universidad de Cuyo no es un verdadero título académico: es un mero diploma que solamente acredita un período de residencia, sin que conste su inscripción en un Libro o Registro de títulos. Y el certificado expedido por el Ministerio de Salud no tiene la condición de título académico. Excluida, por tanto, la homologación directa, dice la Sentencia, era preciso examinar si, de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 86/1987 y de la Orden de 14 de octubre de 1991 que regula las condiciones y procedimiento de homologación de los títulos extranjeros de Farmacéuticos y Médicos especialistas a los correspondientes títulos españoles, procedía acordar esa homologación previa superación de una prueba. La respuesta negativa a la pregunta la apoyó en el informe de la Comisión Nacional de la Especialidad, del que resulta que el Sr. J.M. no ha acreditado que entre la formación que ha recibido y la española correspondiente se den los requisitos que pide esa Orden para la homologación, previa superación de una prueba teórico-práctica, dictando Sentencia en consecuencia.

Homologación de títulos

(...).

No podemos acoger los motivos aducidos por el Sr. J.M. en su recurso de casación. La Sala de la Audiencia Nacional actuó correctamente al no considerar título académico el certificado expedido por el Ministerio de Salud tal como lo ha dicho este Tribunal Supremo en casos semejantes, por ejemplo, en las Sentencias de 3 de junio de 2002 (casación 3486/97), y de 6 de octubre (casación 1155/98) y de 3 de noviembre (casación 1981/98, ambas de 2003. Y, por lo que se refiere al diploma, se trata de un documento que no está expedido por el Rector de la Universidad de Cuyo, ni reconoce grado o especialización, sino que se limita, como apreció la Sentencia recurrida, a reflejar que el Sr. J.M. siguió un programa de formación en Dermatología completando un período de residencia en el Hospital Luis Lagomaggiore y no consta que figure inscrito en ningún libro o registro de títulos, circunstancias todas estas que excluyen la infracción de los artículos del Convenio de Cooperación, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados invocados, así como la del artículo 96 de la Constitución.

En cuanto a las vulneraciones que se apuntan en el segundo motivo, hemos de señalar, en primer lugar, que si el actor considera contradictoria la Sentencia, debería haber combatido ese defecto por la vía del apartado tercero del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, siendo razón suficiente para rechazar esa alegación el no haberlo hecho. Pero, al margen de ello, se advierte que no hay tal contradicción ya que la Sentencia de instancia, en el fundamento cuarto, simplemente recoge lo que dice el Diploma y, luego, en el sexto, lo que señala la Comisión Nacional de la Especialidad. Es decir, se limita a reflejar lo que resulta de dos documentos distintos, los cuales, por otra parte, no se refieren exactamente a lo mismo, pues el primero alude a un período de tiempo en el que se ha seguido un proceso de formación. Y el segundo se refiere al tiempo y el carácter de la formación que durante él se recibe.

(...) no puede reprochársele a la Sala de instancia haberse apoyado en el informe de la Comisión Nacional de la Especialidad para resolver sobre si existen o no las condiciones de equivalencia suficientes para acordar la homologación tras la superación de una prueba de conjunto. Se trata de un órgano técnico que se pronuncia sobre una cuestión de esa naturaleza cuyo criterio ha de respetarse siempre que no existan elementos probatorios que desvirtúen su juicio. Y la Sala de instancia no consideró que lo manifestado por el recurrente fuera suficiente para ello.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 21 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 2501/1998.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de título de odontólogo. Argentina.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre homologación de título.

“La resolución de 9 de julio de 1993 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia acordó la homologación solicitada condicionada a la superación de una prueba de conjunto, y en ella se hacía constar que se había emitido propuesta en ese sentido por la Comisión Académica del Consejo de Universidades «dado que en el currículum se aprecian carencias en materias fundamentales del plan de estudios español, como son:

- Psicología.
- Patología general.
- Patología médica general.
- Anestesiología y Reanimación.
- Pediatría.
- Otorrinolaringología.
- Dermatología y Venereología.
- Fisiopatología de la oclusión y de la articulación

Homologación de títulos

temporomandibular.

- Odontología preventiva y comunitaria.
- Odontología integral de adultos.
- Odontología Infantil y ortodoncia integrada».

La anterior resolución quedó confirmada en alzada por silencio administrativo.

La sentencia aquí recurrida de casación, estimando el recurso contencioso-administrativo, anuló dicho acto y reconoció al demandante la homologación de su título «al de Licenciado en Odontología Español».

La argumentación básicamente utilizada para ello fue considerar que era de aplicación el Convenio Cultural suscrito entre España y Argentina el 23 de marzo de 1971, y que la jurisprudencia, en la interpretación que había realizado de su artículo 2, había declarado que la homologación había de ser automática sin ninguna clase de condicionamientos.

(...).

(...) este Tribunal debe examinar la cuestión de fondo planteada en el proceso de instancia, y para ello ha de partirse que en la demanda formalizada ante el tribunal *a quo* se argumentó principalmente lo que sigue: que la homologación solicitada es una situación que viene impuesta por el Convenio suscrito entre España y Argentina, que la resolución recurrida causa una discriminación injustificada a la demandante y viola su derecho fundamental a la igualdad ante la Ley; que la homologación solicitada es conforme con el Derecho Comunitario; y que hay una equivalencia entre el plan de estudios seguido por la actora y el vigente en España.

El resultado del examen ha de ser también la desestimación de la pretensión que ante la Sala de instancia fue deducida por la parte actora, ya que sus argumentaciones invocadas para apoyarla no pueden ser compartidas por todo lo que se ha razonado con anterioridad.

A ello debe añadirse que es infundado el error que se atribuye a la Administración en relación a la falta de equivalencia que apreció y declaró en la resolución que es objeto de impugnación.

Respecto de las carencias que la resolución administrativa impugnada apreció en los estudios acreditados por su título obtenido en Argentina, y que fueron determinantes para no considerarlos equivalentes a la formación que proporciona el título español y para condicionar la homologación a la prueba de conjunto del artículo 2 del RD 86/1987, debe subrayarse lo que se expresa a continuación:

a) La apreciación o no de esa equivalencia de formaciones, que resulta necesaria para que proceda la homologación, no depende de la mera coincidencia nominal de las materias cursadas, sino de su paridad o similitud desde un punto de vista sustantivo, esto es, ponderando los contenidos y el nivel de exigencia que hayan sido aplicados en uno y otro plan de estudios.

b) Lo anterior entraña un juicio técnico que no puede ser realizado por el órgano jurisdiccional, ya que exige unos conocimientos especializados que rebasan los que son propios de un tribunal de justicia.

Por lo cual, ha de darse una especial virtualidad al informe que haya sido emitido por la Comisión Académica del Consejo de Universidades, y no solo porque así resulta de lo establecido en el artículo 5 del RD 86/1987, sino por la solvencia técnica y neutralidad que ha de suponerse a dicha Comisión. Siendo de añadir que la autonomía que constitucionalmente tienen reconocidas las Universidades (artículo 27.10 de la CE) confirma esa neutralidad.

c) La resolución impugnada, según ya se expresó, invoca expresamente como elemento decisivo de su pronunciamiento el Informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades, lo cual, por lo que antes se ha dicho, hace que ese pronunciamiento no pueda ser considerado gratuito o infundado.

Homologación de títulos

Se intenta negar valor al Informe que obra en el expediente administrativo por el hecho de que no estuviera individualmente referido a la demandante (y aquí recurrida), pero este dato es irrelevante para lo que aquí se discute porque lo importante es que ese informe esté referido al mismo título cuya homologación reclama la demandante.

d) Debe destacarse, asimismo, que esa equivalencia ha de decidirse en función de la concreta formación o estudios que correspondan al concreto título cuya homologación se reclama, sin que baste para ello la valoración global que pueda merecer la enseñanza universitaria del país extranjero en que fue expedido dicho título.

e) También ha de señalarse que varias de las materias concretas a la que la resolución administrativa refiere las carencias apreciadas en el currículum, y relaciona expresamente, no son ajenas o distintas a las materias troncales que figuran en el Anexo del RD 1418/1990, de 16 de octubre (que sustituyó al inicial Anexo del RD 970/1986).

Procede, pues, declarar haber lugar al recurso de casación y anular la sentencia impugnada; y, a consecuencia de lo anterior, desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 1 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 3542/1998.

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título. Médico especialista en alergia. Argentina. No hay equivalencia ni por el contenido ni por la duración de la formación recibida.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don I., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre homologación de título.

“La adecuada solución de este litigio exige que tengamos presentes cuáles fueron las razones que llevaron al Ministerio de Educación y Ciencia a adoptar la resolución que la Sentencia recurrida ha estimado conforme a Derecho. Pues bien, los motivos por los que se denegó la homologación solicitada consisten en sustancia en que, por una parte, el actor no aporta un título académico y, por la otra, que la Comisión Nacional de la Especialidad de Alergología dictaminó el 16 de abril de 1993 que, de la documentación aportada, se desprendería que no eran equivalentes a las exigidas en España ni el contenido de la formación recibida, ni la duración de la misma, pues mientras que la seguida en Argentina cubre un período de dos años y siete meses, aquí se requiere un período de cuatro años. Además, indicó que la formación que recibió el interesado no tuvo lugar en una plaza dotada económicamente, cosa que se exige en España. La primera razón hacía que no pudiera acogerse el solicitante al cauce previsto en el artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural suscrito con Argentina y las otras determinaban la imposibilidad de acordarla por las vías previstas en la Orden de 14 de octubre de 1991.

(...).

El recurso de casación ha de ser desestimado por las mismas razones que utilizó la sentencia de instancia, las cuales se ajustan a la jurisprudencia que, desde hace varios años, ha establecido esta Sala. Conforme a ella, el artículo 2 del Convenio de 23 de marzo de 1971 solamente es aplicable cuando se aporten títulos académicos, condición que no tiene el presentado por el Sr. I., pues la Sala ha dicho reiteradamente que no la poseen los que expiden asociaciones, sociedades o corporaciones. Por otro lado, ni siquiera los títulos expedidos por las autoridades académicas están excluidos de un control de equivalencia por la Administración española. Y, una vez establecido que, por no ser título académico el presentado por el recurrente, debían seguirse las normas generales que regulan la homologación de títulos extranjeros, era determinante el parecer de la

Homologación de títulos

Comisión Nacional de la Especialidad, órgano técnico cuya cualificación justifica que se sigan sus dictámenes si no han sido desvirtuados en el proceso o adolecen de tales defectos que puedan calificarse de absurdos o arbitrarios, circunstancias que no se dan en el presente caso. Pues bien, establecido por esa Comisión que no hay equivalencia entre la formación recibida en Argentina por el actor y la exigida en España para lograr el título de Médico Especialista en Alergia ni por su contenido, ni por su duración, siendo la diferencia en este último punto significativa (dos años y siete meses, frente a cuatro años) y que la formación no se recibió ocupando el solicitante una plaza dotada económicamente, hay razones suficientes para denegar la homologación. Por tanto, el Ministerio de Educación y Ciencia obró correctamente y la Sentencia de la Audiencia Nacional que se combate también, sin infringir ni el artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural, ni el artículo 96 de la Constitución, ni el artículo 6 del Real Decreto 86/1987.

(...).

Naturalmente, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al proceder de la forma que, según estamos diciendo, es la procedente, no se arroga la facultad de interpretar el Derecho argentino, sino que lo que hace es interpretar y aplicar las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico español y contemplan la homologación de títulos extranjeros. Y, por lo que hace a la alegación de la vulneración de la seguridad jurídica y del principio de igualdad, hemos de decir que no se ha dado. Lo primero porque no se genera inseguridad cuando se actúa conforme a Derecho, como es el caso. Y lo segundo, no sólo porque no se ha aportado término alguno de comparación, sino porque no lesiona las exigencias de la igualdad el cambio de criterio que, razonadamente, lleve a los tribunales a variar la interpretación del ordenamiento jurídico, la cual, por lo demás, se ha ajustado a la que el Tribunal Supremo ha considerado correcta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 2 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 3519/1998.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Homologación de título de odontólogo obtenido en la Universidad de Colombia.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, casando, anulando y dejando sin efecto dicha sentencia y desestimando el recurso interpuesto que deniega la solicitud de homologación de título.

“ La sentencia recurrida en casación por el Abogado del Estado, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 9ª) con fecha de 3 de septiembre de 1997, en recurso contencioso administrativo n.º 451/1995, interpuesto por doña R., contra la resolución de 19 de enero de 1994, dictada por la Secretaría General Técnica de Educación y Ciencia, y contra otra confirmada por silencio administrativo del recurso de alzada formulado contra aquélla, que denegaban la solicitud de homologación del título universitario de Odontólogo, pretendida por aquélla, que lo obtuvo en la Universidad Nacional de Colombia, al de Licenciado en Odontología español, vino a estimar (dicha sentencia) el mencionado recurso, declarando la nulidad del citado acto administrativo, así como que correspondía dicha homologación, sin pronunciamiento sobre costas.

Frente a esta Sentencia el Abogado del Estado, en su escrito de interposición de la casación solicitó que se anulara la sentencia recurrida y que se confirmara el acto administrativo, denegatorio de la homologación, originariamente impugnado, a cuyo fin invocó, un único motivo, basado en el ordinal 4º del artículo 95.1 de la Ley de esta Jurisdicción, por interpretación errónea del artículo 4 del Convenio de 11 de abril de 1953, en relación con los artículos 2 y 5, y disposición adicional primera del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, negando la tesis de la sen-

Homologación de títulos

tencia recurrida sobre la homologación automática de los títulos, haciendo referencia a la evolución de los títulos de Odontología en nuestro país, con cita de las Órdenes Ministeriales de 21 de marzo de 1901 y 27 de diciembre de 1910, de la Orden de 28 de febrero de 1948, de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, del Real Decreto 970/1986, de 11 de abril y del Real Decreto 86/1987, y al control de «equivalencia» de los títulos, que corresponde a la Administración, previo informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades en cuanto a niveles de formación, por lo que se exige la superación de una prueba de conjunto, y con cita de sentencias de esta Sala, a cuyas alegaciones y pretensiones se opuso la recurrente en la instancia, aquí recurrida, insistiendo en que las formaciones son equivalentes y homologables recíprocamente entre sí y entre ambos Estados con relación al Convenio Cultural Hispano Colombiano.

Las cuestiones aquí planteadas han sido abordadas y resueltas por esta Sala en una reiteradísima doctrina jurisprudencial, que se contiene en sentencias como las de 4 de julio y 4 de octubre de 2000, de 16 de octubre y 20 de noviembre de 2001, y de 4, 11 de junio, 9 y 15 de julio de 2002, que, a su vez, se remiten a otras anteriores, a cuyo tenor el Convenio cuya interpretación interesa se enmarca dentro de una profusa legislación entre las que destacan las siguientes normas:

1ª La Ley 10/1986, de 17 de marzo, que regula la profesión de Odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental, y que reconoce las siguientes profesiones: la de Odontólogo (artículo primero), la de Protésico dental (artículo segundo) y la de Higienista dental (artículo tercero).

2ª Los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, el artículo primero y la disposición final primera de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, citada, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se crea el título oficial de Licenciado en Odontología, que exigen para ejercer actualmente en España la profesión de

Odontólogo el título Universitario de Licenciado en Odontología, título para cuya obtención se precisan unos conocimientos sustancialmente distintos a los requeridos para la adquisición del antiguo título de Odontólogo cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en el año 1948.

3ª Las Directivas Comunitarias sobre la materia de Odontología (Directivas 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/688/CEE, 81/1057/CEE y concordantes), que imponen que en todos los Estados miembros de la Unión Europea, y, por lo tanto, en España, la profesión de Odontólogo cumpla las exigencias de conocimientos cualificados y contrastados por la autoridad académica competente en cada uno de ellos.

La sentencia recurrida en casación por el Abogado del Estado, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 9ª) con fecha de 3 de septiembre de 1997, en recurso contencioso administrativo n.º 451/95, interpuesto por doña R., contra la resolución de 19 de enero de 1994, dictada por la Secretaría General Técnica de Educación y Ciencia, y contra otra confirmada por silencio administrativo del recurso de alzada formulado contra aquella, que denegaban la solicitud de homologación del título universitario de Odontólogo, pretendida por aquella, que lo obtuvo en la Universidad Nacional de Colombia, al de Licenciado en Odontología español, vino a estimar (dicha sentencia) el mencionado recurso, declarando la nulidad del citado acto administrativo, así como que correspondía dicha homologación, sin pronunciamiento sobre costas.

Frente a esta Sentencia el Abogado del Estado, en su escrito de interposición de la casación solicitó que se anulara la sentencia recurrida y que se confirmara el acto administrativo, denegatorio de la homologación, originariamente impugnado, a cuyo fin invocó, un único motivo, basado en el ordinal 4º del artículo 95.1 de la Ley de esta Jurisdicción, por interpretación errónea del artículo 4 del Convenio de 11 de abril de 1953, en relación con los artículos 2 y 5, y

Homologación de títulos

disposición adicional primera del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, negando la tesis de la sentencia recurrida sobre la homologación automática de los títulos, haciendo referencia a la evolución de los títulos de Odontología en nuestro país, con cita de las Órdenes Ministeriales de 21 de marzo de 1901 y 27 de diciembre de 1910, de la Orden de 28 de febrero de 1948, de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, del Real Decreto 970/1986, de 11 de abril y del Real Decreto 86/1987, y al control de «equivalencia» de los títulos, que corresponde a la Administración, previo informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades en cuanto a niveles de formación, por lo que se exige la superación de una prueba de conjunto, y con cita de sentencias de esta Sala, a cuyas alegaciones y pretensiones se opuso la recurrente en la instancia, aquí recurrida, insistiendo en que las formaciones son equivalentes y homologables recíprocamente entre sí y entre ambos Estados con relación al Convenio Cultural Hispano Colombiano.

Ha de ser estimado el motivo de casación por lo siguiente:

1º) Porque en 1948 dejaron de impartirse las enseñanzas para la obtención del viejo título de Odontólogo, por lo que tal título ya no existe en España, tal como se indicó en sentencias que se referían a tal extremo.

2º) Porque para la recta aplicación del Convenio de Cooperación Cultural celebrado entre España y Colombia no se puede prescindir de la normativa interna, acorde con las Directivas Comunitarias a que se ha hecho mención, por lo que la homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

3º) Porque el título de Odontólogo obtenido por la parte recurrente en la instancia no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refieren la Ley

10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplimentan lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio, ya que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título expedido en dicho país, teniendo en cuenta que la recurrida solicitó ante la Administración la homologación de su título sin condicionamiento alguno, (sin restricciones), debiendo resolverse el recurso contencioso administrativo de acuerdo con tales razonamientos, aunque con la posibilidad de superar la prueba de conjunto que se viene exigiendo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 4 de diciembre de 2003.

Recurso de Casación: 3550/1998.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de títulos extranjeros. Especialidades médicas. Cirugía plástica y reparadora. Argentina. Equivalencia de los programas formativos.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre homologación de títulos.

“El actual recurso de casación ha sido interpuesto por el Abogado del Estado y para apoyarlo invoca un solo motivo, expresamente amparado en el ordinal cuarto del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable (el texto de 1956, según la redacción dada por la reforma de 1992), en el que denuncia la infracción del Real Decreto de 11 de enero de 1984, el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero y la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1991.

Aduce para ello que la Administración para imponer la prueba, no solo tuvo en cuenta que el peticionario de la homologación obtuvo su título con un sistema distinto, sino que también ponderó la dis-

Homologación de títulos

tinción consistente en que no se garantizó el seguimiento del curso con la intensidad y el control que supone el sistema español.

Tras lo anterior, critica que la sentencia recurrida hace una interpretación excesivamente formalista de la normativa aplicable al decidir la equivalencia sólo en función de la duración y de los contenidos, porque no basta que el índice de materias sea análogo sino que es necesario que se exija y garantice que las materias de estudio propuestas han sido aprendidas o practicadas.

Luego señala que la sentencia recurrida no discute la discrepancia apreciada por la Administración sino que la admite y, a pesar de ello, entiende que debe homologarse el título.

Concluye subrayando que no se trata de impugnar una errónea valoración sobre el contenido de los cursos sino una errónea aplicación de la norma, consistente ésta en haber entendido la sentencia recurrida que los contenidos sólo atienden a las materias que se ofrecen al aprendizaje del alumno y sobre ellos no se pueden tener en cuenta los grados de exigencia del aprendizaje.

Como resulta de lo que antecede, la cuestión que suscita el recurso de casación está referida a cómo ha de determinarse la equivalencia entre los programas formativos que han de contrastarse.

Lo que ha de decidirse es qué aspectos han de ser confrontados para ello, y más concretamente si, además de las materias y la duración de esos programas, y como preconiza la Administración aquí recurrente de casación, puede también tenerse en cuenta el grado de responsabilidad correspondiente a la práctica profesional realizada durante el programa formativo.

Según dicha Administración el grado de responsabilidad sólo será equivalente cuando la práctica profesional del programa formativo extranjero haya

sido desarrollada, al igual que acontece en España, dentro del marco de exigencia correspondiente a un vínculo contractual con el Centro Hospitalario. (...).

El apartado duodécimo de la Orden de 14 de octubre de 1991 viene a confirmar lo que antes se ha expuesto.

Dispone que la Comisión Nacional de la Especialidad emitirá su informe sobre este extremo: Correspondencia entre los contenidos del programa formativo español y el realizado por el solicitante, valorando si este último capacita para la adquisición de los conocimientos y habilidades propios de la especialidad, así como de la responsabilidad del ejercicio profesional y si en el mismo se cumplen los objetivos generales fijados en el programa formativo español.

Esa valoración sobre si se ha adquirido también la responsabilidad, sin limitar el juicio a los conocimientos y habilidades de la especialidad, confirma que para decidir la equivalencia deben contrastarse tanto las materias como el nivel de responsabilidad con que fue desarrollado el período de práctica profesional.

A lo cual debe añadirse algo más. La decisión sobre la equivalencia de los programas formativos entraña un juicio de discrecionalidad técnica normativamente atribuido a la Comisión Nacional de la Especialidad, en cuanto órgano experto en la materia o cuestión a valorar.

La solvencia científica que hay que suponer en ella, junto a la objetividad que también debe presumirse en su actuación como órgano administrativo, aconsejan respetar su informe mientras no se demuestre el claro error de su juicio técnico.

Todo lo antes razonado hace procedente declarar haber lugar al recurso de casación, anular la sentencia impugnada y desestimar el recurso conten-

cioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia.

Respecto de esto último hay que subrayar que, con independencia sobre lo que se ha dicho sobre la falta de equivalencia de los programas formativos, es de confirmar y asumir lo que la sentencia de instancia razona sobre la inviabilidad de la homologación desde la simple aplicación del Convenio Hispano-Argentino.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 28 de febrero de 2003.

Recurso de Casación: 9778/1998.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Denegación de concesión de nacionalidad española por residencia.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don M.S.R., contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto por el recurrente contra acuerdo de 3 de mayo de 1996 del Ministerio de Justicia que acordó denegar al interesado la concesión de la nacionalidad española por residencia.

“Ante todo conviene precisar que, como antes indicamos, la petición de concesión de nacionalidad española se formuló por el recurrente el 17 de noviembre de 1993, una vez transcurrido más de un año desde el momento en que contrajo matrimonio, por entender que tenía derecho a la concesión de la nacionalidad española por concurrir los requisitos en este caso previstos en el artículo 22 del Código Civil.

Frente a tal pretensión, la Sala de instancia ha valorado las circunstancias concurrentes en el actor y

muy fundamentalmente la existencia de una Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de octubre de 1985 que condenó al recurrente como autor de un delito contra la salud a seis años y un día de prisión mayor y dos millones de pesetas de multa, a tres años de prisión menor y cincuenta y cuatro millones de pesetas por un delito de contrabando y cincuenta mil pesetas por el de uso de documento falso; y todo ello como consecuencia de haber sido sorprendido en el aeropuerto de Málaga el día 12 de junio de 1985, cuando desembarcaba procedente de Ginebra, llevando oculto en el fondo de una maleta 4.500 gramos de productos tóxicos, heroína y cafeína en proporción del 40 y 60%, con un valor de 54 millones de pesetas, que pretendía introducir en España para su difusión a terceros, así como con documento identificativo portando un pasaporte a nombre de otra persona con la fotografía adherida del procesado.

Consta también en las actuaciones administrativas determinados antecedentes en relación con actuaciones policiales y penales el 1 de septiembre de 1993 por descatos, injurias y atentado a la autoridad de las que resultó absuelto, obligándosele por el Juzgado Penal n.º 1 de Burgos a tratamiento médico por su adicción al alcohol y ello, por tanto, en fecha concurrente con la solicitud de la nacionalidad española, habiéndose producido, con posterioridad a dicha solicitud, denuncias por su esposa por agresión en fechas 3 y 4 de enero de 1994 de las que resultó absuelto por incomparecencia de la esposa y ser retirada la denuncia.

Estos son los hechos en función de los cuales la Sala de instancia ha entendido que no resultaba procedente la concesión de la nacionalidad española y que han de ser considerados en función de la jurisprudencia que el recurrente invoca. En relación con la misma es necesario recordar la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en Sentencia de 30 de noviembre de 2000 (recurso n.º 4.925/1996) y que hace suya la reciente Sentencia de 12 de noviembre de 2002 (recurso n.º 4.857/1998) conforme a la cual

Nacionalidad

la concesión de la nacionalidad española es un acto «que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones, otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, y que, conforme al artículo 21 del Código civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional [párrafo quinto]. En segundo lugar, el artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1987 antes citada [párrafo sexto]. El concepto 'buena conducta cívica' se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos marcados explícita o implícitamente por el legislador, [por lo que] el actuar de la Sala *a quo* es conforme a Derecho al denegar al peticionario extranjero la concesión de la nacionalidad, en base a los hechos por él admitidos, pues, como queda dicho, al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos, es dable exigir al sujeto solicitante, a consecuencia del 'plus' que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los 'actos favorables al administrado', un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el

concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española».

En consecuencia y en función de este criterio es evidente que la resolución impugnada en vía administrativa fue correctamente confirmada por la sentencia recurrida y el motivo casacional no puede prosperar ya que la Sala de instancia, al valorar la conducta cívica del recurrente, ha tenido en consideración los antecedentes penales y policiales concurrentes en el actor, resultando de suficiente gravedad los mismos, en función de la configuración del acto de concesión de la nacionalidad por la citada jurisprudencia, para la denegación de dicha nacionalidad y sin que a ello se oponga la circunstancia de que, como el propio recurrente reconoce, en fecha posterior a su solicitud de nacionalidad en el año 1993 y a partir del año 1994 las circunstancias concurrentes hubieran variado al estar sometido a un tratamiento médico, puesto que ello en modo alguno justifica los graves hechos que dieron lugar a sanciones del orden penal. A tal efecto conviene recordar que, como pone de manifiesto la antes citada Sentencia de 12 de noviembre de 2002, la Sala 1ª de este alto Tribunal, ocupándose precisamente de la adquisición de la nacionalidad por residencia y de los requisitos que ésta ha de reunir, tiene dicho que mantener un criterio amplio permisivo en esta materia sería contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad (Sentencia de la Sala 1ª de 19 de septiembre de 1988). Y si esto es así, es patente que la libertad estimativa del juzgador se halla indudablemente más restringida cuando se enfrenta a la necesidad de precisar el concepto «buena conducta cívica» que utiliza el artículo 22.4 del Código Civil. La citada Sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo rotundamente declara que esa interpretación extensiva del precepto regulador de la adquisición de la nacionalidad por residencia debe rechazarse porque «podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de Ley».

Nacionalidad

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 2 de octubre de 2003.

Asunto: C-148/02.

Ponente: D. J.N. Cunha Rodrigues.

Voz: Doble nacionalidad. Ciudadanía de la Unión Europea. Transmisión de apellido. Hijos de nacionales de Estados miembros.

“El Estado belga indica que, para atenuar los inconvenientes derivados de la posesión de la doble nacionalidad, las autoridades belgas, en situaciones como la que se examina en el procedimiento principal, proponen que se efectúe un cambio de apellido de modo que a los hijos se les atribuya únicamente el primer apellido del padre. Con carácter excepcional, y en particular cuando existan pocos factores de conexión con Bélgica, puede atribuirse un apellido conforme a la ley extranjera, especialmente en el caso de que la familia haya vivido en un país extranjero o el hijo esté inscrito con doble apellido, con objeto de no obstaculizar su integración. Recientemente, la administración ha adoptado una postura más flexible, en particular cuando un primer hijo, nacido bajo estatuto español, lleva dos apellidos conforme al Derecho español, mientras que el segundo hijo, de nacionalidad belga y española, lleva los dos apellidos de su padre con arreglo al artículo 335, apartado 1, del code civil, con objeto de restablecer la unidad del apellido en el seno de la familia.

(...).

El Sr. G.A., nacional español, y la Sra. I.W., de nacionalidad belga, residen en Bélgica, donde contrajeron matrimonio en 1986. Los dos hijos resultantes de su unión, E. y D., nacidos respectivamente en 1988 y 1992, poseen la doble nacionalidad belga y española.

Con arreglo al Derecho belga, el encargado del registro civil belga inscribió en la partida de nacimiento de los hijos el patronímico del padre, a saber, «G.A.», como apellido de éstos.

Mediante solicitud motivada, dirigida al ministro de la Justice el 7 de noviembre de 1995, el Sr. García Avello y su esposa pidieron, en calidad de representantes legales de sus dos hijos, el cambio del apellido de éstos por «G.W.», indicando que, según el uso consagrado en Derecho español, el apellido de los hijos de una pareja casada se compone del primer apellido del padre seguido del de la madre.

(...).

Mediante escrito de 30 de julio de 1997, las autoridades belgas propusieron al demandante en el procedimiento principal reemplazar el apellido de sus hijos por «G.», en lugar del cambio deseado, propuesta que el demandante en el procedimiento principal y su esposa rechazaron mediante escrito de 18 de agosto de 1997.

(...).

«¿Deben interpretarse los principios del Derecho comunitario en materia de ciudadanía europea y de libertad de circulación de personas, consagrados especialmente por los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, en el sentido de que impiden que la autoridad administrativa belga, que conoce de una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en Bélgica y que tienen doble nacionalidad belga y española, solicitud motivada en la única circunstancia de que dichos hijos deberían llevar el apellido del que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición españoles, deniegue dicho cambio porque tal tipo de solicitud se deniega habitualmente debido a que en Bélgica los hijos llevan el apellido de su padre, especialmente cuando la actitud que la autoridad adopta generalmente obedece a que considera que la concesión de un apellido distinto puede suscitar, en el marco de la vida social en Bélgica, cuestiones de filiación del hijo afectado, pero para atenuar los inconvenientes derivados de la doble nacionalidad, se propone a los solicitantes

Nacionalidad

que se encuentran en semejante situación que sólo tomen el primer apellido del padre, y excepcionalmente, puede adoptarse una decisión favorable cuando haya pocos factores de conexión con Bélgica o cuando deba restablecerse la unidad de apellido entre los hermanos de una familia?».

(...).

Si bien, en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia (...).

No obstante, existe dicho vínculo con el Derecho comunitario en relación con las personas que se encuentran en una situación como la de los hijos del Sr. G.A., que son nacionales de un Estado miembro que residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro.

Frente a esta conclusión no cabe oponer la circunstancia de que los interesados en el procedimiento principal también tienen la nacionalidad del Estado miembro en que residen desde su nacimiento y que, según las autoridades de dicho Estado, por ello es la única que éste reconoce. En efecto, no corresponde a un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado (...). Por otra parte, el artículo 3 del Convenio de la Haya, en el que se apoya el Reino de Bélgica para reconocer únicamente la nacionalidad del foro en caso de pluralidad de nacionalidades cuando una de ellas es la nacionalidad belga, no supone una obligación, sino una simple facultad para las partes contratantes de hacer que prevalezca esta última nacionalidad frente a cualquier otra.

(...).

En el presente caso, consta que las personas que, además de la nacionalidad belga, tienen la de otro Estado miembro, reciben, en general, el mismo trato que las personas que sólo tienen la nacionalidad belga, debido a que, en Bélgica, a las personas que tienen la nacionalidad belga se las considera exclusivamente belgas. Al igual que a los nacionales belgas, a los nacionales españoles que además tienen la nacionalidad belga se les deniega habitualmente el derecho a cambiar el apellido debido a que, en Bélgica, los hijos llevan el apellido de su padre.

(...).

Por tanto, es preciso comprobar si estas dos categorías de personas se encuentran en una situación idéntica o si, por el contrario, se hallan en una situación diferente, en cuyo caso el principio de no discriminación implicaría que los nacionales belgas que, como los hijos del Sr. G.A., tienen también la nacionalidad de otro Estado miembro podrían reclamar un trato diferente del que se dispensa a las personas que sólo tienen la nacionalidad belga, a menos que el trato controvertido estuviera justificado por razones objetivas.

A diferencia de las personas que tienen únicamente la nacionalidad belga, los nacionales belgas que también tienen la nacionalidad española llevan apellidos distintos por lo que respecta a los dos sistemas jurídicos afectados. En particular, en una situación como la del procedimiento principal, a los hijos interesados se les deniega la posibilidad de llevar el apellido que resulta de la aplicación de la legislación del Estado miembro mediante la que se determinó el apellido de su padre.

(...).

Por un lado, en lo que atañe al principio de inmutabilidad del apellido como instrumento destinado a evitar los riesgos de confusión acerca de la identidad o la filiación de las personas, es preciso señalar que, si bien dicho principio contribuye ciertamente a facilitar el reconocimiento de la identidad de las personas y de su filiación, no es tan indispensable

como para no admitir una práctica consistente en permitir a los hijos nacionales de un Estado miembro que tienen también la nacionalidad de otro Estado miembro llevar un apellido compuesto de elementos distintos de los previstos por el Derecho del primer Estado y que, además, está inscrito en un registro oficial del segundo Estado miembro. Asimismo, no hay duda de que, debido en particular a la magnitud de los flujos migratorios en el interior de la Unión, en un mismo Estado miembro coexisten diferentes sistemas nacionales de atribución del apellido, de modo que, en la vida social de un Estado miembro, no cabe apreciar forzosamente la filiación según el criterio del único sistema aplicable a los nacionales de este último Estado. A ello se añade que un sistema que permite la transmisión de elementos de los apellidos de los dos progenitores, lejos de provocar confusión sobre el vínculo de filiación de los hijos, puede, por el contrario, contribuir a reforzar el conocimiento de dicho vínculo en relación con ambos progenitores.

Por otro lado, en lo que atañe al objetivo de integración perseguido por la práctica controvertida, basta señalar que, habida cuenta de la coexistencia en los Estados miembros de diversos sistemas de atribución del apellido aplicables a las personas que residen en ellos, una práctica como la examinada en el asunto principal no es necesaria ni adecuada para favorecer la integración en Bélgica de los nacionales de otros Estados miembros.

El carácter desproporcionado de la desestimación por las autoridades belgas de solicitudes como la del procedimiento principal es tanto más evidente cuanto que, según se desprende del apartado 12 de la presente sentencia y de la cuestión prejudicial, la práctica controvertida admite ya excepciones a la aplicación del régimen belga en materia de transmisión del apellido en situaciones próximas a la de los hijos del demandante en el procedimiento principal.

(...).

El Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Conseil d'État mediante resolución de 21 de diciembre de 2001, declara: Los artículos 12 de la CE y 17 de la CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 14 de noviembre de 2003.

Recurso de Casación: 3204/1999.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Denegación en vía administrativa de concesión de la nacionalidad española a ciudadano tunecino por falta de la debida justificación de buena conducta cívica.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se denegó al recurrente, natural de Túnez, la nacionalidad española.

“Se basa la sentencia en el artículo 22 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que regula la concesión de la nacionalidad española por residencia, estableciendo al efecto unos específicos requisitos objetivos, de carácter reglado, que, sin embargo, considera que no son de fácil apreciación en algún caso.

En cuanto a la «buena conducta cívica» a que se refiere el punto 4 del referido artículo 22 es, a juicio de la Sala sentenciadora, un concepto jurídico indeterminado que no puede ser precisado *a priori*, sino que debe concretarse a tenor de cada supuesto al

Nacionalidad

que deba ser aplicado; sometiéndose siempre a la ley y al derecho a que se refiere el artículo 103 de la Constitución, eligiendo la que a la Sala le parece la única solución justa posible: o el solicitante ha acreditado la buena conducta cívica o no, valoración que estima perfectamente controlable y revisable por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Y desde esta perspectiva, considera que la existencia de antecedentes policiales o penales del solicitante no ofrecen duda, siendo indiferente a estos efectos que los mismos estén cancelados o hayan podido serlo, pues pueden servir de indicador cualificado de la conducta del sujeto.

En este caso concreto, el recurrente –en instancia– no ha tenido antecedentes penales, aunque sí policiales, que fueron anulados ya antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo, habiendo sido detenido por la policía por última vez en el año 1986; por lo que concluye que durante casi todo el período de residencia que le puede permitir acceder a la nacionalidad española no ha sido detenido en ninguna ocasión.

En consecuencia, el parecer de la Sala es que no puede admitirse que en el recurrente concurra una mala conducta cívica que le impida acceder a la nacionalidad española.

En fecha 17 de junio de 1999 el Abogado del Estado interpone recurso de casación que fundamenta en un único motivo de casación, invocado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional de 1998, en el que aduce la infracción del artículo 22 del Código Civil, por cuanto entiende que los hechos obrantes en el expediente pueden demostrar que la interpretación realizada de la norma aplicada no es la correcta, pues debió declarar que no existía el «plus» de comportamiento cívico exigido para la adquisición de la nacionalidad por residencia y que, en consecuencia, debió confirmar la denegación de la misma; y termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se declare haber lugar al recur-

so, se case y anule la recurrida y declare la conformidad a derecho del acuerdo denegatorio de nacionalidad por residencia.

(...).

Por la Abogacía del Estado, se sostiene como único motivo de impugnación, fundamentado en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que la sentencia recurrida conculca el artículo 22 del Código Civil, en su redacción operada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, en relación con la doctrina sustentada por esta Sala y Sección, de 16 de marzo de 1999 –recurso de casación número 8456/1994–, ya que en atención a los hechos obrantes en el expediente y que pueden ser tomados en cuenta en esta casación a efectos de demostrar que la interpretación realizada de la norma aplicada no es la adecuada, desconoce la jurisprudencia sobre la misma y revelan que la sentencia debió declarar que no existía ese «plus» de comportamiento cívico exigido para la adquisición de la nacionalidad por residencia y, en consecuencia, debió confirmar la denegación de la misma.

Este motivo de casación debe ser desestimado, pues como certeramente observa el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, hay que tener en cuenta que uno de los datos que se deben observar para la justificación de la buena conducta a los efectos de la concesión de la nacionalidad española por residencia son los posibles antecedentes policiales o penales del solicitante y como esta Sala del Tribunal Supremo ha recordado, entre otras, en sus sentencias de dieciséis de marzo y veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve y diecisiete de diciembre de dos mil, que es jurisprudencia consolidada la que declara que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidos en cuenta para denegar permisos administrativos o licencias necesarios para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumpla con el requisito de la buena conducta, y en

estas mismas sentencias se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en su sentencia 174/1996, de once de noviembre, según la cual la apreciación de una falta de buena conducta como consecuencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación pueda suponer una infracción del principio constitucional de legalidad de la pena y de la finalidad de la misma.

Aunque la cancelación de los antecedentes policiales no sea suficiente para tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica, la Sala de instancia ha declarado, una vez valoradas todas las pruebas practicadas, que no puede admitirse que en el demandante concurra una mala conducta cívica que le impida acceder a la nacionalidad española ya que el hecho de haber sufrido una serie de detenciones policiales con mucha anterioridad a la solicitud de aquella, no debe impedir que esta prospere.

Entendemos, pues, que por la sentencia recurrida se ha resuelto conforme a la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en nuestras sentencias de veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, veinticuatro de abril y veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve y siete de octubre y diecinueve de dos mil, según la cual esta Jurisdicción debe revisar si la solución adoptada por la Administración, al interpretar y aplicar un concepto jurídico indeterminado, ha sido correcta y justa, llegándose a la conclusión de que en este caso concreto no lo fue, por lo que se declara contraria a Derecho la resolución administrativa impugnada y se accede a la pretensión formulada al reunir el demandante todos los presupuestos o requisitos objetivos establecidos en el artículo 22 del Código Civil, una vez cumplidos los trámites procedimentales exigidos en orden a los preceptivos y no vinculantes informes del Juez Encargado del Registro Civil y del Ministerio Fiscal, que también fueron favorables a la concesión de la nacionalidad española.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 6 de noviembre de 2003.

Asunto: C-311/01.

Ponente: D. A. La Pergola.

Voz: Seguridad Social. Prestaciones por desempleo. Trabajadores fronterizos. Conservación del derecho a las prestaciones en caso de búsqueda de un empleo en otro Estado miembro.

“En primer lugar, procede observar, como la Comisión lo ha subrayado con razón, que de los propios términos del artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ii), del Reglamento n.º 1408/71 se desprende que el trabajador fronterizo que se halle en paro total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida. De la citada disposición se desprende asimismo que la institución competente para abonar las prestaciones de desempleo es la del citado Estado de residencia (...).

Como recuerda la Comisión, el Tribunal de Justicia ha indicado anteriormente que esta disposición llevaba a cabo, como excepción a la norma general de conexión a la legislación del Estado de empleo, una vinculación específica al régimen de seguridad social del Estado miembro de residencia por lo que atañe a las prestaciones de desempleo, y ello por razones prácticas y de eficacia que ponen de manifiesto que una conexión de esta índole resulta más adecuada y más conforme con el interés de los trabajadores fronterizos (...). El Tribunal de Justicia ha precisado también que esta disposición prescribe claramente la aplicación exclusiva de la legislación del Estado de residencia y que excluye, por consiguiente, la legislación del Estado de empleo (...), ya que, por lo tanto, el trabajador fronterizo de que se

Régimen comunitario

trata únicamente puede solicitar las prestaciones de desempleo del Estado de residencia (...).

(...).

Dado que el Estado miembro de residencia es así el único competente para el abono, según su legislación y con intervención de sus instituciones, de prestaciones de desempleo al trabajador fronterizo a que se refiere el artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ii), del Reglamento n.º 1408/71, de ello se desprende que dicho Estado miembro es, de esta forma, el único que se halla en condiciones de garantizar una posible conservación de las citadas prestaciones a favor del referido trabajador cuando este último se desplaza a otro Estado miembro para buscar allí un empleo.

(...).

A continuación, ni el texto ni el espíritu del artículo 69 del Reglamento n.º 1408/71 indican que el legislador comunitario hubiera pretendido excluir a los trabajadores fronterizos del ámbito de aplicación de esta disposición.

(...).

Según ha indicado anteriormente el Tribunal de Justicia, el artículo 69 del Reglamento n.º 1408/71 tiene así por objeto favorecer la movilidad de quienes solicitan empleo y contribuir a garantizar la libre circulación de los trabajadores (...).

(...) un trato semejante en materia de prestaciones de desempleo colocaría a los citados trabajadores en una situación desfavorable en relación con la generalidad de los trabajadores, para los cuales el Estado competente es normalmente el Estado de empleo, en el cual residen o permanecen y, por lo tanto, no estaría sujeto a las exigencias de la libre circulación de los trabajadores (...). No solamente se desanimaría a estos trabajadores fronterizos, incluso se les impediría desplazarse a otro Estado miembro para buscar allí un empleo, al no poder continuar disponiendo

de las prestaciones de desempleo en la ocasión, sino que además se les penalizaría por haber ejercido el derecho a la libre circulación que les garantiza el Tratado ya que, a diferencia de los trabajadores que hayan ejercido su empleo en el Estado miembro en el cual residen, no podrían alegar los derechos establecidos por el artículo 69 antes citado.

(...).

De todo lo anterior se desprende que lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento n.º 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los trabajadores fronterizos en paro total a que se refiere el artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ii), del propio Reglamento, aun cuando el Estado miembro en el cual residen tales trabajadores se halle obligado a garantizarles la conservación del derecho a las prestaciones de desempleo, en las condiciones previstas en el referido artículo 69.

(...).

El Tribunal de Justicia (Sala 5ª) decide: 1) Declarar que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 69 y 71 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, al negar a los trabajadores en paro total la facultad de optar por la posibilidad prevista en el artículo 69 de dicho Reglamento de desplazarse, en las condiciones establecidas en dicha disposición, a uno o a varios Estados miembros con el fin de buscar en ellos un empleo si bien conservando su derecho a las prestaciones de desempleo.

2) Condenar en costas al Reino de los Países Bajos.”

Régimen comunitario

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 4 de diciembre de 2003.

Asunto: C-92/02.

Ponente: D. A. La Pergola.

Voz: Seguridad Social. Régimen de prestaciones por desempleo que establece una norma que prohíbe la acumulación para determinados ingresos. Libre circulación de trabajadores. Actividad de estudiante becario en prácticas. Discriminación.

“Ahora bien, en lo relativo a las disposiciones aplicables a los antiguos agentes temporales, el artículo 28 bis del Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas (en adelante RAA) contiene una norma especial sobre la relación entre las asignaciones por desempleo comunitarias y las de los regímenes nacionales.

(...).

(...) el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social y, por otra parte, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones. No obstante, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deberán respetar el Derecho comunitario (...).

(...).

(...) el artículo 28 bis, apartado 1, párrafo segundo, del RAA dispone que, cuando un antiguo agente temporal pueda solicitar una prestación por desempleo en virtud de un régimen nacional, «(...) el importe de dicha prestación se deducirá de la asignación abonada al amparo del [régimen comunitario]». Esta disposición establece así el carácter complementario del régimen comunitario de asignaciones por desempleo en relación con las de los Estados miembros.

(...) el artículo 28 bis, apartado 1, párrafo segundo, del RAA establece el carácter complementario del régimen comunitario de asignaciones por desempleo en relación con los regímenes de los Estados miembros, lo que no puede ser ignorado al aplicar el régimen de prestaciones por desempleo de un Estado miembro y, en particular, una disposición que prohíbe la acumulación prevista por este último régimen, a un antiguo agente temporal que resida en el citado Estado miembro y que pueda beneficiarse de la asignación por desempleo abonada en virtud del RAA.

(...) el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social y, por otra parte, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones (...).

(...) al prohibir a cada Estado miembro, en el ámbito de competencia del Tratado CE, aplicar el Derecho nacional de una manera diferente en función de la nacionalidad de las personas interesadas, el principio de no discriminación (...) no concierne a las eventuales diferencias de trato que puedan resultar, de un Estado miembro al otro, de las divergencias entre las legislaciones nacionales, siempre que estas diferencias afecten a las personas que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de estas legislaciones de manera idéntica, conforme a criterios objetivos y sin tomar en consideración la nacionalidad de aquéllas.

(...) el principio de no discriminación enunciado en el artículo 7, apartado 4, del Reglamento n.º 1612/68 no se opone a que una persona que realice una función postuniversitaria, como la prevista en el asunto principal, sea considerada en un Estado miembro estudiante becario en prácticas, que no está

Cédula de inscripción

comprendida en el régimen nacional de seguro de desempleo, mientras que en otros Estados miembros se considera que una persona que realice una función idéntica tiene una actividad profesional que puede beneficiarse del régimen de seguro de desempleo.

El Tribunal de Justicia (Sala 5ª), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Arbeidsrechtbank van het Arrondissement Tongeren mediante resolución de 11 de marzo de 2002, declara: 1) El artículo 28 bis, apartado 1, párrafo segundo, del Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas establece el carácter complementario del régimen comunitario de asignaciones por desempleo en relación con los de los Estados miembros, lo que no puede ser ignorado al aplicar el régimen de prestaciones por desempleo de un Estado miembro y, en particular, una disposición que prohíbe la acumulación prevista por este último régimen, a un antiguo agente temporal que resida en el citado Estado miembro y que pueda beneficiarse de la asignación por desempleo abonada en virtud del Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas.

2) El principio de no discriminación enunciado en el artículo 7, apartado 4, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad no se opone a que una persona que realice una función postuniversitaria, como la prevista en el asunto principal, sea considerada en un Estado miembro estudiante becario en prácticas, que no está comprendida en el régimen nacional de seguro de desempleo, mientras que en otros Estados miembros se considera que una persona que realice una función idéntica tiene una actividad profesional que puede beneficiarse del régimen de seguro de desempleo.”

CÉDULA DE INSCRIPCIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 24 de febrero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 542/2001.

Ponente: D. Jesús Ignacio Algorta Hernando.

Voz: Denegación de la solicitud de la cédula de inscripción.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesta contra otra que denegaba la solicitud del actor de cédula de inscripción.

“Frente a la legalidad de los precedentes actos administrativos la parte actora en su demanda, para solicitar la anulación de los mismos y se le reconozca su derecho a que se proceda a su inscripción en el Registro especial de extranjeros y la concesión de la cédula de inscripción, alega que la propia Administración ha admitido su indocumentación, la imposibilidad de ser documentado con el pasaporte del país de procedencia, y, el interés en regular su situación no existiendo culpa por su parte.

(...).

En aplicación de los anteriores preceptos, las resoluciones recurridas deniegan al actor la cédula de inscripción solicitada, por cuanto, de un lado, habiendo sido requerido para que justificase haber solicitado debidamente y en forma la expedición de pasaporte ante el Consulado o Embajada de su país, acompañando la documentación acreditativa que poseyera de su identidad y nacionalidad, no lo había hecho en el plazo concedido; y de otro, después de practicarse la entrevista, por haberse recibido llamada telefónica de la Embajada de Nigeria en España, informando sobre la forma de solicitarse y obtener el pasaporte –petición personal del ciudadano y

Cédula de inscripción

entrevista también personal-, el actor no lo había solicitado.

Sentado lo anterior, la parte actora, a pesar del permiso de conducir y certificación de bautismo presentados, no ha acreditado esa indocumentación exigida, o por mejor decir el cumplimiento de los

requisitos reglamentariamente exigidos, por cuanto no ha habido solicitud personal a su Embajada ni justificación de que exista causa insuperable que lo impida, por lo que debe declararse la conformidad a derecho de las resoluciones recurridas.”

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider, lighter orange band in the upper middle section and a narrower, darker orange band below it. The text is centered within the upper band.

Crónica legislativa de un semestre

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

I. FUENTES INTERNAS

- Resolución de 3 de octubre de 2003, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (*BOE* n.º 253, de 22 de octubre de 2003).
- Orden AEX/3132/2003, de 10 de octubre, por la que se amplía la competencia territorial de las Oficinas Técnicas de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, en diversas misiones diplomáticas permanentes de España (*BOE* n.º 271, de 12 de noviembre de 2003).
- Orden AEX/3054/2003, de 21 de octubre, por la que se crea una Oficina Consular Honoraria de España en Arusha (Tanzania) (*BOE* n.º 265, de 5 de noviembre de 2003).
- Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (*BOE* n.º 279, de 21 de noviembre de 2003).
- Instrucción sobre la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.
- Ley Orgánica 17/2003, de 28 de noviembre, de medidas para la celebración simultánea de las elecciones el Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución Europea (*BOE* n.º 286, de 29 de noviembre de 2003).
- Auto de 2 de diciembre de 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por el que se suspende cautelarmente la vigencia del inciso “en España” del artículo 11.3.c) 4.º del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España por parte de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE* n.º 66, de 17 de marzo de 2004).

Crónica legislativa de un semestre

- Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 2003).
- Circular 3/2003 El Consejo General del Notariado Creación del Sistema Notarial de Comunicación de Invitaciones a Extranjeros (“VIGIA”).
- Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE del 31).
- Orden AEX/125/2004, de 8 de enero, por la que se crean las Oficinas Consulares Honorarias de España en Orleáns, Papeete y Rennes (Francia) (BOE de 30 de enero de 2004).
- Resolución de 19 de enero de 2004, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (BOE de 29 de enero de 2004).
- Resolución de 4 de marzo de 2004, de la Secretaría General Técnica, por la que se dispone la publicación del Canje de cartas entre los Ministros de Asuntos Exteriores del Reino de España y de la República de Bosnia-Herzegovina por las que se establecen la sucesión de Tratados bilaterales concluidos entre la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia y el Reino de España (BOE n.º 68, de 19 de marzo de 2004).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Canje de Notas por el que se modifican los artículos 11, 12 y 13 del Tratado de Intercambio Cultural entre España y Uruguay de 13 de febrero de 1964, hecho en Montevideo el 3 de marzo de 2000 (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2003).
- Declaración de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE n.º 247, de 15 de octubre de 2003).
- Instrumento de Ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2003).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia sobre la cooperación en el ámbito de lucha contra la delincuencia organizada y otros delitos graves, hecho en Madrid el 27 de noviembre de 2000 (BOE n.º 289, de 3 de diciembre de 2003).
- Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas, hecho ad referendum en Argel el 31 de julio de 2002 (BOE n.º 37, de 12 de febrero de 2004).
- Acuerdo sobre transporte aéreo entre el Reino de España y Nueva Zelanda, hecho en Madrid el 6 de mayo de 2002 (BOE n.º 246, de 14 de octubre de 2003).

Crónica legislativa de un semestre

I

- Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Valencia el 13 de mayo de 2002 (*BOE* n.º 266, de 6 de noviembre de 2003).
- Corrección de erratas del Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002 (*BOE* n.º 254, de 23 de octubre de 2003).
- Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular, hecho en Madrid el 8 de octubre de 2002 (*BOE* n.º 270, de 11 de noviembre de 2003).
- Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho *ad referendum* en Málaga el 26 de noviembre de 2002 (*BOE* n.º 309, de 26 de diciembre de 2003; corrección de erratas *BOE* de 30 de enero de 2004).
- Entrada en vigor del Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002 (*BOE* n.º 265, de 5 de noviembre de 2003).
- Canje de Notas de 13 y 21 de febrero de 2003, constitutivo de Acuerdo entre España e Irlanda para la extradición de nacionales, complementario al artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (*BOE* n.º 294, de 9 de diciembre de 2003).
- Entrada en vigor del Convenio complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994, hecho *ad referendum* en Madrid el 8 de abril de 2003, cuya aplicación provisional fue publicada en el *BOE* núm.168, de fecha 15 de julio de 2003 (*BOE* n.º 56, de 5 de marzo de 2004).
- Corrección de erratas del Convenio sobre Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Polonia, hecho en Madrid el 22 de febrero de 2001 y Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio, hecho en Varsovia el 17 de junio de 2003 (*BOE* n.º 297, de 12 de diciembre de 2003).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (*BOE* n.º 254, de 23 de octubre de 2003).
- Aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (*BOE* n.º 254, de 23 de octubre de 2003).
- Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (*BOE* n.º 254, de 23 de octubre de 2003).
- Corrección de erratas del Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (*BOE* n.º 309, de 26 de diciembre de 2003).
- Aplicación provisional del Canje de Notas, de 25 de septiembre de 2003, constitutivo de Acuer-

do entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (*BOE* n.º 264, de 4 de noviembre de 2003).

- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 28 de octubre de 2003 (*BOE* n.º 299, de 15 de diciembre de 2003).
- Aplicación provisional del Canje de Notas, de 5 de noviembre de 2003, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre el reconocimiento recíproco y el canje de permisos de conducción nacionales (*BOE* n.º 300, de 16 de diciembre de 2003; corrección de erratas *BOE* n.º 32, de 6 de febrero de 2004).
- Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOUE*, de 23 de enero de 2004).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y oficiales de servicio, hecho en Quito el 20 de noviembre de 2003 (*BOE* n.º 32, de 6 de febrero de 2004).
- Reglamento (CE) n.º 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración.
- Reglamento (CE) n.º 378/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativo a los procedimientos para modificar el Manual Sirene.
- Información relativa a la entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales.
- Decisión 2004/201/JAI del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre los procedimientos para modificar el Manual Sirene.
- Posición común (CE) n.º 6/2004, de 5 de diciembre de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE Y 93/96/CEE.



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Acuerdo de Schengen. Investigación judicial

La Decisión 2003/725/JAI del Consejo, de 2 de octubre de 2003, por la que se modifican los apartados 1 y 7 del artículo 40 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, ha sido publicada en el *DOUE* (11-10-2003 L 260/37). En virtud de la Decisión aprobada, los agentes de un Estado miembro que, en el marco de una investigación judicial, vigilen en su territorio a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo que pueda dar lugar a extradición o, como elemento indispensable de una investigación judicial, a una persona sobre la que exista una seria presunción de que pueda contribuir a identificar o localizar a la persona antes mencionada, están autorizados a continuar esta vigilancia en el territorio de otro Estado miembro, cuando este último Estado hubiese autorizado la vigilancia transfronteriza en virtud de una solicitud de asistencia previamente presentada con motivos que la respalden.

(13 de octubre de 2003).

Conclusiones sobre inmigración del Consejo Europeo

El Consejo Europeo, reunido en Bruselas los días 16 y 17 de octubre de 2003, ha confirmado el carácter de máxima prioridad política atribuido a la cuestión de la inmigración y reiterado su empeño en un enfoque equilibrado entre la necesidad urgente de frenar la inmigración ilegal y de luchar contra la trata de seres humanos, por una parte, y por otra, la acogida y la integración de los inmigrantes legales. El Consejo Europeo ha exhortado al Consejo JAI a que concluya urgentemente sus trabajos sobre las propuestas de Directivas sobre requisitos para el reconocimiento y sobre procedimientos en materia de asilo, con el fin de ajustarse al plazo fijado para finales de 2003 por los Consejos Europeos de Sevilla y de Salónica, y que la UE pueda hacer frente a los abusos y deficiencias del sistema de asilo sin dejar de respetar plenamente la Convención de Ginebra y sus tradiciones humanitarias.

(20 de octubre de 2003).

Inmigración, integración y empleo

El Consejo de la UE ha mantenido un debate orientativo (p. 11) sobre la Comunicación de la Comisión Europea sobre inmigración, integración y empleo (junio de 2003). Dicha comunicación examina las políticas de integración a escala nacional y comunitaria, y estudia el papel de la inmigración en el contexto del envejecimiento demográfico, al tiempo que sugiere propues-

(*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltverein*.

tas para promover la integración de los inmigrantes. El Consejo ha señalado que deberían adoptarse medidas específicas para permitir una mayor integración de los inmigrantes legales en el mercado laboral de conformidad con el principio de no discriminación, concretamente para el mayor acceso a la educación (en particular, conocimientos lingüísticos) y a la formación, teniendo en cuenta la situación tanto de los nuevos inmigrantes como de la segunda y tercera generación de inmigrantes.

(27 de octubre de 2003).

Agenda del Consejo de Justicia e Interior

Los ministros de Justicia e Interior se reunirán esta semana para debatir, entre otros asuntos, la propuesta de Directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes. Asimismo, en la agenda de los ministros se encuentra la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas para el reconocimiento de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados y su estatuto junto a la lista mínima común de Estados seguros basada en criterios comunes, la gestión de las fronteras comunes de la UE y el control de los flujos migratorios (creación de un Organismo de Gestión de Fronteras, gestión de fronteras marítimas, e introducción de identificadores biométricos en los visados, permisos de residencia y pasaportes). Por otro lado, se abordará la propuesta de Directiva del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos y la iniciativa de Grecia sobre el principio *non bis in idem*.

(3 de noviembre de 2003).

Lucha contra la trata de seres humanos

La Resolución del Consejo de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres, ha sido publicada en el *DOUE* (C 260/4 de 29-10-2003). El Consejo pide a los Estados miembros que subrayen su compromiso con medidas concretas, en particular campañas de concienciación, y con la intensificación de la cooperación transfronteriza e internacional en los ámbitos de la prevención, la protección y la ayuda a las víctimas, para lograr resultados concretos en la lucha contra la trata de seres humanos y en especial de mujeres. Asimismo, solicita que respalden y protejan a las víctimas para posibilitar su regreso seguro a sus países de origen o la obtención por parte de éstas de una adecuada protección en sus países de acogida.

(3 de noviembre de 2003).

Funcionarios de enlace de inmigración

El Parlamento Europeo se pronunciará, en el marco del procedimiento de consulta, sobre la iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de un Reglamento relativo a la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración. El Parlamento señala que para evitar la inmigración ilegal, hay que informar también a las personas afectadas sobre las vías de inmigración legal, precisando que unas campañas de información bien enfocadas podrían tener un efecto disuasorio en los candidatos potenciales a la inmigración ilegal y evitar tragedias. Asi-

Europa en breve

II

mismo, pretende que el resumen anual en relación con los envíos de funcionarios de enlace de inmigración que tendrá que realizar la Comisión se destine, además de al Consejo, a los Estados miembros.

(3 de noviembre de 2003).

Los ciudadanos y la nueva Constitución

El 61 por ciento de los ciudadanos europeos no ha oído nunca hablar de la Convención sobre el futuro de Europa, según los últimos resultados del Eurobarómetro realizado en los 25 países de la Europa ampliada, entre septiembre y octubre de 2003, justo antes del inicio de la Conferencia Intergubernamental. Para la Comisión, esta falta de información generalizada podría poner en peligro la aceptación de la Constitución europea. Sin embargo, señala que un debate a nivel nacional podría invertir esta situación, tal y como demuestra el ejemplo griego. En junio de 2003, momento en que los trabajos de la Convención se debatían en el seno del Consejo Europeo de Salónica, el 81 por ciento de los griegos había oído hablar de la Convención. La cifra actual es del 49 por ciento.

(10 de noviembre de 2003).

Expulsión de nacionales de terceros países

Los ministros de Justicia de la UE y de Islandia y Noruega han aprobado la Decisión por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países. Asimismo, han aprobado una Decisión relativa a la organización de vuelos conjuntos de dos o más Estados miembros para la expulsión de sus territorios de nacionales de terceros países que sean objeto de órdenes de expulsión individuales. La adopción formal de ambas decisiones se producirá en cuanto se hayan retirado las reservas parlamentarias subsistentes.

(17 de noviembre de 2003).

Agencia de gestión de fronteras exteriores

Los ministros de Justicia e Interior de la UE y de Islandia y Noruega invitaron a la Comisión a principios de noviembre de 2003 a que presentara con urgencia una propuesta relativa a la creación de un Organismo de Gestión de Fronteras, para que pudiera llegarse a un acuerdo político sobre sus principales elementos antes de fin de año. En consecuencia, la Comisión Europea ha adoptado una propuesta de Reglamento del Consejo destinado a la creación de una Agencia Europea para gestión de la cooperación en las fronteras exteriores de la UE (tanto terrestres como marítimas así como aeropuertos internacionales). La agencia asistirá a los Estados miembros en la implementación de la legislación europea sobre vigilancia y control de fronteras así como sobre expulsión de los nacionales de terceros países. La propuesta se someterá a consulta del Parlamento europeo y a aprobación del Consejo de la UE.

(17 de noviembre de 2003).

Red de información en materia de inmigración

La Comisión ha adoptado una propuesta de decisión que pretende establecer una red de información y coordinación segura, accesible a través de Internet, destinada a los servicios responsables de la gestión de los flujos migratorios en los Estados miembros. Para la Comisión, una cooperación eficaz entre las autoridades de los Estados miembros con un intercambio de información en tiempo real y a través de una Web segura, sólo puede establecerse a nivel comunitario. En la actualidad, este intercambio de información se produce por vías obsoletas o de carácter informal.

(24 de noviembre de 2003).

Medidas contra la inmigración ilegal por vía marítima

El Consejo de la UE ha adoptado un programa de medidas destinadas a combatir la inmigración ilegal a lo largo de las fronteras marítimas de la UE. El programa contiene medidas relativas al incremento de los controles portuarios, las patrullas en aguas territoriales y en alta mar, el tratamiento de los inmigrantes localizados en pateras, los acuerdos con terceros países y a la estructura común de gestión y coordinación de los centros marítimos.

(30 de noviembre de 2003).

Agencia de gestión de fronteras exteriores

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han presentado sus conclusiones sobre la propuesta de Reglamento destinado a la creación de una Agencia Europea para gestión de la cooperación en las fronteras exteriores de la UE. Para el Consejo, la Agencia debería estar en disposición de iniciar sus actividades el 1 de enero de 2005. La agencia asistirá a los Estados miembros en la implementación de la legislación europea sobre vigilancia y control de fronteras así como sobre expulsión de los nacionales de terceros países.

(30 de noviembre de 2003).

Formato uniforme para visados y permisos de residencia

El Consejo de la UE ha alcanzado un acuerdo general sobre las propuestas que establecen un formato uniforme para los visados y permiso de residencia de nacionales de terceros países. Las propuestas establecen la introducción de identificadores biométricos en estos documentos. La Comisión pretende introducir antes de finales de año una propuesta para establecer identificadores biométricos en los pasaportes.

(30 de noviembre de 2003).

Estatuto de refugiado y países seguros

El Consejo de la UE ha tomado nota del estado en el que se encuentra la propuesta de Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado y ha dado instrucciones al Comité de Representantes

Europa en breve

II

Permanentes (COREPER) para que continúe con su trabajo con vistas a alcanzar un acuerdo bajo presidencia irlandesa. Asimismo, el Consejo ha instado al COREPER continuar con sus trabajos sobre la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional, con vistas igualmente a alcanzar un acuerdo bajo presidencia irlandesa. Por otro lado, el comisario de Justicia e Interior informó al Consejo sobre la situación relativa a la preparación de las listas de Estados seguros. (30 de noviembre de 2003).

Repatriación por vía aérea

La Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, ha sido publicada en el *DOUE* (6-12-2003 L 321/26). La finalidad de la Directiva es definir medidas de asistencia entre las autoridades competentes de los aeropuertos de tránsito de los Estados miembros en relación con las repatriaciones o alejamientos con escolta o sin ella por vía aérea. (8 de diciembre de 2003).

Programa de asistencia a terceros países en asilo e inmigración

El Parlamento Europeo se ha pronunciado, en primera lectura de codecisión, sobre la propuesta de Reglamento por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo. El programa, de 5 años de duración, contará con un fondo de 250 millones de euros hasta 2008. Se apoyarán acciones destinadas a la lucha contra la inmigración ilegal, el desarrollo institucional de los países de origen –con mejores estructuras y formación de los trabajadores–, y campañas de información que insistan en las ventajas de la inmigración legal y las consecuencias de la ilegal. (8 de diciembre de 2003).

Control en las fronteras interiores de la Unión Europea tras la ampliación

El Consejo de la UE ha aprobado las conclusiones sobre la adopción de acuerdos bilaterales de cooperación en materia de controles sobre las personas en las fronteras terrestres comunes entre determinados Estados miembros de la Unión Europea con posterioridad a la ampliación. Tras la ampliación de la UE los nuevos Estados miembros aplicarán las disposiciones del acervo de Schengen relativas al ejercicio de controles fronterizos en las fronteras exteriores no sólo en las nuevas fronteras exteriores de la Comunidad sino también, durante un período transitorio, en sus fronteras comunes con otros Estados miembros. (8 de diciembre de 2003).

Orden de detención y entrega

El Consejo de la UE ha tomado nota del estado de transposición de la Orden de detención y entrega europea en la legislación nacional de los Estados miembros y de los países candidatos. Todos

los Estados miembros declararon encontrarse preparados o prácticamente preparados para transponer la Orden de detención y entrega europea para enero de 2004. Por su parte, los países candidatos señalaron que se encuentran preparados para hacerlo en mayo de 2004, fecha de su adhesión a la UE.

(8 de diciembre de 2003).

Empleo e inmigración

La Comisión de Empleo y Asuntos sociales del Parlamento Europeo ha aprobado un informe sobre la Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo. El informe apoya un enfoque global respecto de la gestión de la inmigración, vinculando claramente la política de la UE sobre la inmigración a las relaciones con los países de origen, y subrayando que una mejor integración de los nuevos inmigrantes y de las comunidades étnicas minoritarias ya establecidas constituye parte esencial de una gestión satisfactoria de la inmigración.

(8 de diciembre de 2003).

Programa de asistencia a terceros países en asilo e inmigración

El Consejo de la UE ha aprobado el conjunto de enmiendas adoptadas por el Parlamento Europeo, en primera lectura de codecisión, relativas a la propuesta de Reglamento por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo. El programa, de 5 años de duración, contará con un fondo de 250 millones de euros hasta 2008. El Reglamento recibirá la aprobación final tras la revisión del texto por los juristas lingüistas.

(5 de enero de 2004).

Muerte e inmigrantes. Reclamaciones al Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo Europeo ha recibido un gran número de reclamaciones de ciudadanos relativas a la muerte de inmigrantes que viajaban de forma ilegal hacia el sur de España procedentes de la costa norteafricana. Los denunciantes responsabilizan a los gobiernos español y marroquí por las muertes resultantes de esta inmigración ilegal. En las reclamaciones se requiere que ambas administraciones y, por extensión, las autoridades de la Unión Europea, aborden el problema de la inmigración ilegal y adopten las medidas adecuadas al respecto.

(5 de enero de 2004).

Lucha contra la inmigración ilegal

El Parlamento Europeo se pronunciará esta semana sobre la Comunicación de la Comisión relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales. El Parlamento apoya en su informe la aplicación de un plan común de formación para los funcionarios nacionales encargados de la protección de las fronteras y el establecimiento de un cuerpo europeo de guardias de frontera. Por otro lado, para el Parlamento es esencial que los Estados miembros aumenten sus esfuerzos

Europa en breve

II

para la recogida de datos y estadísticas sobre la inmigración y el tráfico de mujeres y niños y que la UE apoye en los países de origen medidas para combatir la idea del paraíso europeo. *(12 de enero de 2004).*

Tráfico ilícito de inmigrantes y trata de personas

El Parlamento Europeo votará esta semana un informe sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, así como del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, (que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada). El Parlamento aprueba en su informe la celebración de los Acuerdos. La Convención tiene por objeto que los países signatarios puedan cooperar eficazmente en materia de lucha contra la delincuencia organizada, armonizando la definición de las infracciones en los diferentes sistemas jurídicos nacionales, de modo que un acto que constituya una infracción en un Estado parte sea también reconocido como tal en los demás países signatarios.

(12 de enero de 2004).

Inmigración y empleo

El Parlamento Europeo se pronunciará esta semana sobre la Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo. La comisión parlamentaria considera que una gestión adecuada de flujos, incluyendo mecanismos para la inmigración temporal, podrían contribuir favorablemente al crecimiento económico y a la sostenibilidad de la seguridad social. La posibilidad de un contrato legal para el servicio doméstico son otras de las propuestas del informe, donde también se aboga por obligar a los inmigrantes legales a estudiar la lengua del país de acogida para facilitar la integración. Asimismo, respalda el derecho a voto en elecciones locales y europeas para los residentes legales.

(12 de enero de 2004).

PILAR CHARRO BAENA Y PABLO BENLLOCH SANZ
Universidad Rey Juan Carlos
(pilarcharro@jazzfree.com)
(netpbenlloch@jazzfree.com)

III

Los derechos de los trabajadores extranjeros contratados irregularmente: una modificación “con freno y marcha atrás”

En el número 4 de esta Revista se elaboraron unas notas de urgencia sobre la “Incidencia del Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en materia de trabajo de los extranjeros” (pp. 115 a 124). En ellas, ya se advertía de la nueva redacción que el citado Proyecto incorporaba al número 3 del artículo 36 de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000, gracias a una enmienda, en concreto la n.º 140, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, que introducía un inciso donde se hacía expresa mención a las responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social por la contratación de trabajadores extranjeros en situación irregular y a la ampliación de sus derechos más allá de los estrictamente económicos, evitando de esta manera el enriquecimiento injusto del empresario infractor y el no reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social al no haberse formalizado el alta en el Sistema¹.

No se ocultaba en la justificación de la enmienda presentada que con ello se pretende asumir la doctrina judicial iniciada con la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (cuya reseña puede consultarse en el n.º 2 de esta Revista en la sección correspondiente a crónica de jurisprudencia, voz *Derecho al trabajo*), que entendía que el párrafo 3 del artículo 36 de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000 “sólo podía ser interpretado en el sentido de considerar que el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiese dar lugar el incumplimiento del empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo”. Aun más, con la redacción propuesta, se pretendía salvar las reticencias que existían en orden al reconocimiento de los derechos en materia de Seguridad Social, que sólo de forma indirecta se podían inferir de la redacción anterior del precepto que aludía a los “derechos del trabajador”.

La LO 14/2003 incorpora la enmienda citada y la redacción del párrafo 3 del artículo 36 queda con el siguiente tenor: “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

(1) Véase, *BOCG. Congreso de los Diputados*, Serie A: Proyecto de Ley, de 17 de septiembre de 2003, n.º 160-5, p. 84.

Sin duda la aceptación de la enmienda y la posterior incorporación del texto propuesto por el Grupo Parlamentario Socialista, era consecuencia del acuerdo entre el Gobierno y el primer partido de la oposición sobre la nueva modificación de la LO 4/2000, lo que no llevaba necesariamente a presumir que existiese conformidad en la apreciación de las consecuencias que suponía la nueva redacción del precepto.

Coetáneamente, nuestros Tribunales consolidaban la doctrina iniciada por la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002, antes referida, sin que se hubiese producido modificación alguna en el régimen de afiliación o alta en Seguridad Social de los trabajadores extranjeros², es decir de la exigencia de presentar, junto a los datos y documentos exigidos a los trabajadores españoles, la copia de la resolución laboral de concesión, renovación o, en su caso, modificación del correspondiente permiso de trabajo, autorización para trabajar o excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo. En esa situación habían surgido dudas –al menos en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 2003, tras la *vacatio legis* de la LO 14/2003, hasta el 1 de enero del presente año, fecha de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, como se comprobará a continuación– acerca de la eventual exigencia de afiliación, alta y cotización en los supuestos en que quedase acreditada la existencia de relación laboral aun careciendo de la preceptiva autorización previa para trabajar, pues el nuevo artículo 36.3 de la Ley de Extranjería en sus amplios términos venía a imponer responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social respecto del Estado y del trabajador y a garantizar a éste las prestaciones de Seguridad Social.

Muestra de que la nueva redacción de aquel precepto tuvo su origen en el acuerdo entre los dos partidos políticos mayoritarios, y que no se sopesaron suficientemente las consecuencias que acarrearía, es que tan solo cinco días después de la aprobación de la LO 14/2003, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presenta una Enmienda (n.º 264)³ al Proyecto de Ley de Medi-

(2) Véase al respecto las instrucciones 3.1 y 5.1 de Resolución de 20 de febrero de 1998, de la Secretaría General Técnica, por la que se ordena la publicación de la Circular conjunta de las Direcciones Generales de Ordenación de las Migraciones y de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre afiliación, altas, bajas, variaciones de datos y cotización de trabajadores extranjeros a la Seguridad Social.

(3) “Disposición adicional trigésima séptima. Sanciones complementarias a quien emplee un trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sin cotización a la Seguridad Social.

1. El empleador que utilice un empleador extranjero sin permiso de trabajo, cuando sea preceptivo, será objeto de sanción consistente en multa de la misma cuantía que hubiere correspondido a las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta con aquéllas, calculadas en función del período de empleo irregular del trabajador extranjero, teniendo esta sanción el carácter de complementaria de la que corresponda por aplicación de la legislación de Extranjería.

2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuando compruebe estos supuestos, hará la correspondiente propuesta de sanción, con determinación de las bases y tipos de cálculo que sean aplicables con sujeción a la legislación de Seguridad Social.

3. El procedimiento para la imposición de estas sanciones será el establecido para las infracciones a la legislación de Extranjería, se incoará simultáneamente al procedimiento sancionador por infracción a la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, conforme se determine reglamentariamente.

4. El importe de las sanciones a que se refiere el número 1, constituyen recursos de la Seguridad Social del artículo 86.1.c) de la Ley General de Seguridad Social, se ingresarán directamente en la Tesorería General de la Seguridad Social y se aplicarán en la atención a inmigrantes.”

Los derechos de los trabajadores extranjeros contratados irregularmente

III

das Fiscales, Administrativas y de Orden Social que, con el pretexto de desarrollar la nueva previsión en orden a las responsabilidades en materia de seguridad social del empresario que hubiese contratado a un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, venía a evidenciar que el Partido del Gobierno no había valorado suficientemente las implicaciones del nuevo texto del artículo 36.3 de la Ley de Extranjería e iniciaba con ello el camino hacia el recorte sustancial de sus posibles consecuencias⁴.

No otra cosa viene a decirse en la justificación de su inclusión cuando se afirma respecto de la expresión “ni será obstáculo para las prestaciones que pudiesen corresponderle” incluida en el artículo 36.3, que “[pudiera] interpretarse erróneamente [en el sentido de que] las prestaciones a que tendría derecho el trabajador inmigrante ilegal se aumentan, cuando sin embargo sólo tiene derecho a la ya establecida legalmente (las derivadas de contingencias profesionales –accidente de trabajo y enfermedad profesional– y las referidas a la asistencia sanitaria de urgencia y maternidad)”. Se manifiesta más adelante lo que será su verdadera razón de ser, señalando que “[e]sta sanción complementaria se efectúa sin contraprestación de los órganos de la Seguridad Social (salvo las referidas a asistencia sanitaria pública de urgencia derivada de enfermedad grave o accidente, así como la debida a embarazo, parto o postparto, tal y como prevé la Ley Orgánica 4/2000) y sin proceder al alta de oficio del inmigrante en situación irregular, eliminando la situación de enriquecimiento injusto actual y produciendo efectos disuasorios respecto de este tipo de situaciones”⁵.

En efecto, la enmienda pretendía, con dudosa técnica legislativa, incidir en el alcance del artículo 36.3 de la Ley de Extranjería⁶ introduciendo una disposición adicional, la trigésima séptima, al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, respondiendo con ello a la aparente finalidad de desarrollar la previsión introducida por la nueva redacción del mismo. A tal efecto, se introduce una nueva sanción para el empresario en caso de contratación irregular de trabajadores extranjeros, complementaria a la que en su caso pudiera imponerse por aplicación de la normativa de extranjería, consistente en multa de la misma cuantía que hubiese correspondido a las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta con aquéllas, calculadas en función del período de empleo irregular del trabajador extranjero. Se estaba dando, con ello, carta de naturaleza a la existencia de dos procedimientos sancionadores sometidos a normativa distinta –no otra cosa podía deducirse del texto de la enmienda presentada al exigir que “se incoará simultáneamente al procedimiento sancionador por infracción a la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”– y por un mismo hecho, la contratación irregular de trabajadores extranjeros.

(4) Debe recordarse que el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social se presenta por el Gobierno el 16 de octubre de 2003 (*BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 174-1*), y por tanto coincidiendo con la tramitación del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Extranjería, circunstancia que se pone de manifiesto en la propia justificación de la enmienda.

(5) Enmienda n.º 264 (*BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 174-3, 10 de noviembre de 2003, p. 213*).

(6) Téngase en cuenta a este respecto que el artículo 36 de la LO 4/2000 no tiene carácter orgánico, según se deduce de la disposición final primera de la LO 8/2000. En caso contrario hubiese sido imposible abordar una reforma *de facto* del precepto como al final ha ocurrido.

El texto de la enmienda se incorpora, sin retoque alguno, como punto 4 del artículo 23 del texto del Proyecto de Ley remitido por el Congreso de los Diputados al Senado⁷. A nadie convenía la nueva disposición trigésimo séptima de la Ley General de la Seguridad Social propuesta: a unos, por razones de índole técnico-legislativa; a otros, por la confusión que generaba acerca del alcance de los derechos de los trabajadores extranjeros contratados irregularmente. No sorprende, entonces, que se aprovechara el trámite parlamentario en la Cámara Alta para realizar “las oportunas modificaciones técnicas en el texto y sobre todo, en su ubicación, que refuerzan y clarifican su objetivo”⁸.

A tal efecto, el Grupo Parlamentario Popular en el Senado presenta una primera Enmienda de supresión (n.º 609) del apartado 4 del artículo 23 del Proyecto de Ley remitido por el Congreso, y una segunda, de adición (n.º 622), que introduce un nuevo artículo 44 bis⁹, que pasa a numerarse como 48 en el texto definitivo de la Ley, y con el siguiente tenor:

“Artículo 48. Incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo.

1. Cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.
2. En el acta de infracción que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levante al efecto, la propuesta de sanción especificará los parámetros utilizados para el cálculo de la cuantía total de la multa según lo indicado en el apartado anterior.
3. El importe correspondiente al incremento de esta sanción se hará efectivo en la Tesorería General de la Seguridad Social conforme al procedimiento reglamentariamente establecido en ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000.”

El fin de la norma parece evidente: evitar el enriquecimiento injusto del empresario infractor y disuadir la contratación irregular. El resultado final, decepcionante: aunque la norma sigue siendo confusa, de su texto parece deducirse que, aun acreditada la existencia de relación laboral y sin que se desconozcan los derechos laborales derivados de la misma, el incumplimiento empresarial de solicitar la autorización previa para trabajar no conllevará obligaciones empresariales en orden a la afiliación, alta y cotización –“... lo que *hubiera correspondido* ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta”–, lo que incidirá negativamente en la posibilidad de lucrar prestaciones de Seguridad Social –mayor claridad no se puede pedir a la defensa esgrimida a la mencionada Enmienda n.º 622: “en ningún caso, generar[á] contra-

(7) *BOCG, Senado*, Serie II, Proyectos de Ley, 25 de noviembre de 2003, n.º 173 (a), pp. 31 y 32.

(8) *Cfr. BOCG, Senado*, Serie II, n.º 173, de 4 de diciembre de 2003, p. 399.

(9) *Cfr. BOCG, Senado*, Serie II, n.º 173, de 4 de diciembre de 2003, pp. 387 y 398, respectivamente.

Los derechos de los trabajadores extranjeros contratados irregularmente

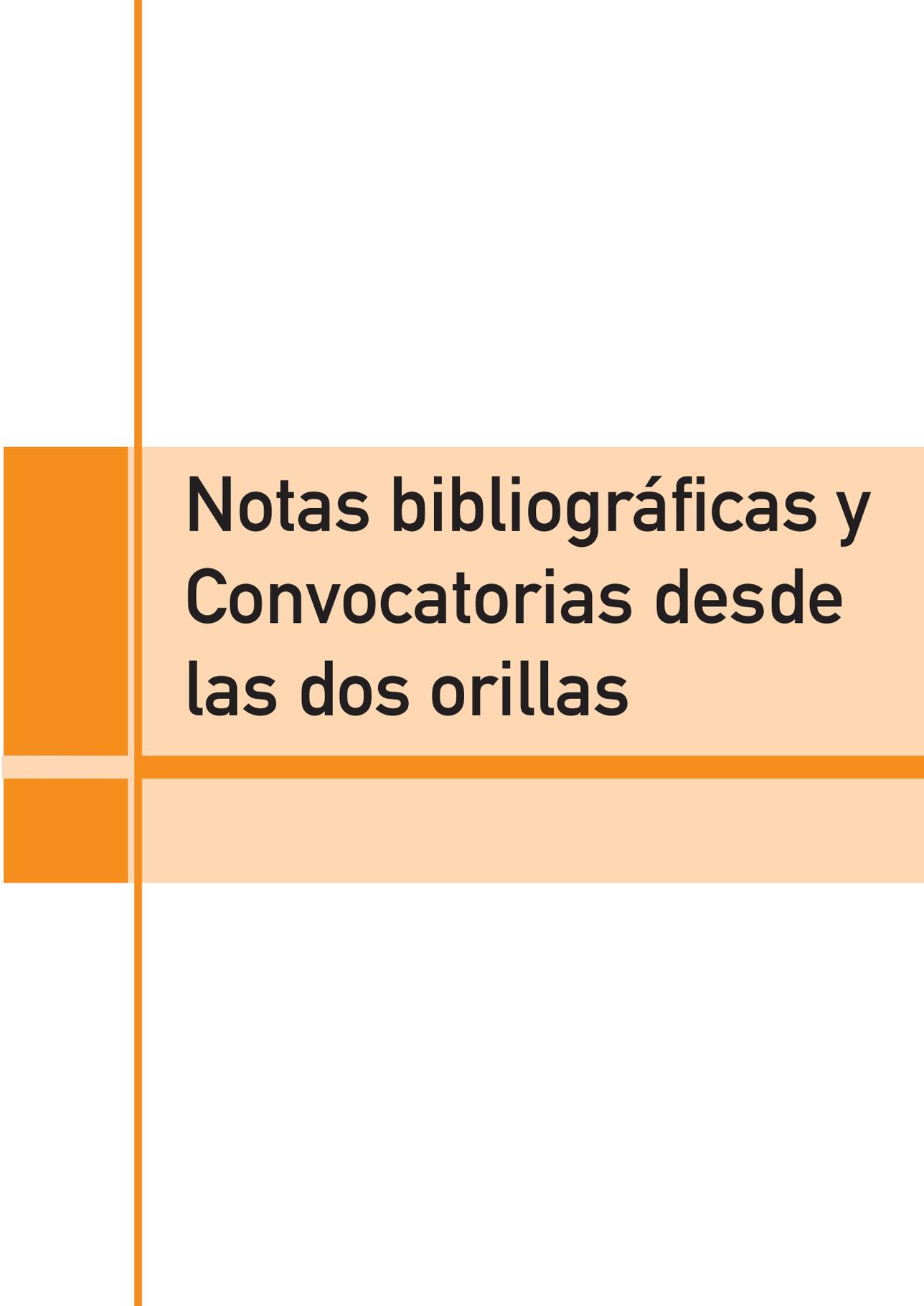
III

prestaciones de los órganos de Seguridad Social, en forma de prestaciones para el extranjero ilegalmente contratado”¹⁰–.

En suma, la Ley 62/2003 recorta sustancialmente –y, de nuevo, en brevísimo plazo– el alcance del hoy vigente artículo 36.3 de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000 y LO 13/2003. Quedan a salvo, eso sí, las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales, reconocidas ya en unificación de doctrina (véase el comentario a la STS de 9 de junio de 2003 que se recoge en la crónica de jurisprudencia, voz *Derecho al trabajo*, del n.º 4 de esta Revista, pp. 199-201)¹¹.

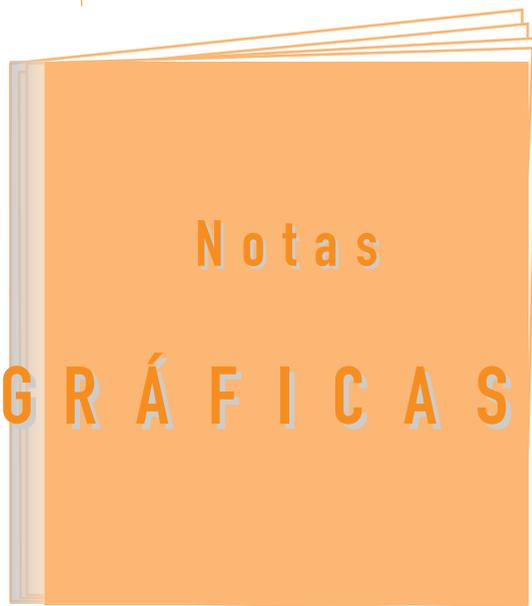
(10) Ibidem.

(11) Cfr. *BOCG, Congreso de los Diputados*, Serie A, n.º 174-3, 10 de noviembre de 2003, p. 214.

The image features a decorative design with a vertical orange line on the left side and horizontal orange bands. The top band is light orange, the middle band is a darker orange, and the bottom band is light orange. The text is centered in the middle band.

Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

BIBLIOGRÁFICAS



- E. AJA y D. MOYA (directores): “El’s menors immigrants en desemparament a Catalunya”, Fundación Carles pi i Sunyer, *D’Estudis autonomis i locals*, D’Estudis 9, 2003.
- Asociación por-derechos humanos en Andalucía: *Los derechos humanos y la inmigración clandestina. El Estreno: la muerte de perfil*, 2003.
- M. BACIGALUPO SAGGESE: “Bases de la política comunitaria en materia de visados, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho de la UE*, n.º 5, 2º semestre 2003, pp. 57 y ss.
- J. BONET PÉREZ: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, 118 pp.
- CAREI (Centro Aragonés de Recursos sobre inmigración Intercultural): *Guía de recursos educativos sobre inmigración*, Gobierno de Aragón, 2003.
- M. CARRILLO LÓPEZ: “Reflexiones constitucionales sobre la inmigración en España y en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la UE*, n.º 5, 2º semestre 2003, pp. 77 y ss.
- F. CHECA Y OTROS (ed.): *La integración social de los inmigrados. Modelos y experiencias*, Icaria Editorial, Barcelona 2003, 246 pp.
- DE BRUYCKER, Ph.: *L’emergence d’une politique européenne d’immigration*, Bruylant, Bruselas 2004, 230 pp.
- C. ESPLUGES MOTA, G. MORENO y M. LORENZO SEGRELLES: *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- G. FERRÉOL y G. JUCQUOIS: *Dictionnaire de l’altérité et des relations interculturelles*, Armand Colin, París 2003, 356 pp.
- FRANCO, Leonardo (coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Universidad Nacional de Lanus-ACNUR-Siglo XXI, Buenos Aires 2003, 502 pp.

Notas bibliográficas

- S. GIL ARAUJO y M. DAHIRI (eds.): *Movimientos migratorios en el Mediterráneo occidental: ¿Un fenómeno o un problema?*, Ayuntamiento de Córdoba 2003, 279 pp. (se trata de las ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Racismo y Xenofobia, celebradas en Córdoba, 21-22 mayo 2002).
- C. GIMÉNEZ ROMERO: *¿Qué es la inmigración?*, RBA, Barcelona 2033, 187 pp.
- C. GÓMEZ GIL: *La inmigración en Alicante y algunas de sus paradojas*, Universidad de Alicante, 2003, 186 pp.
- F. HÉRAN: "Cinq idées reçues sur l'immigration", *Revista Populations et Sociétés* n.º 397, enero 2004.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM): *Trafficking in Persons: An Analysis of Afghanistan*, en <http://www.iom.int/>, 2003, 89 pp.
- *Irregular Migration and Trafficking in Women: The Case of Turkey*, 86 pp.
- M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ: "Análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes no acompañados en Andalucía", *Fundación Santa María, Cuadernos Fundación Santa María*, n.º 2.
- LUCAS, J. de: *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria Editorial, Barcelona 2003, 125 pp.
- E. MARTÍN DÍAZ: *Procesos migratorios y ciudadanía cultural*, Mergablum, Sevilla 2003, 210 pp.
- J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: "La inmigración en la Unión Europea: La difícil configuración de una política de inmigración", *Revista de Derecho de la UE*, n.º 5, 2º semestre 2003, pp. 83 y ss.
- I. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, E. MADRAZO RIVAS y F.J. DE LA TORRE DÍAZ: *Migraciones y Desarrollo Humano*, Dykinson, Madrid 2003, 250 pp.
- C. OLMEDO y B. RUÍZ (coordinadores): *Marco jurídico del tráfico para la explotación de inmigrantes*, Red Acoge-Federación de Asociaciones por-inmigrantes, Madrid, 2002.
- OECD: *Trends in International Migration*, SOPEMI, París, 2003, 372 pp.
- OBSERVATORIO EUROPEO DEL RACISMO Y LA XENOFOBIA (EUMC): *Informe anual 2002*, Bruselas 2003, 56 pp.
- *Migrants, minorities and employment: Exclusion, discrimination and anti-discrimination in 15 Member States of the European Union*, en <http://eumc.eu.int/eumc/material/pub/comparativestudy/CS-Employment-en.pdf>, 123 pp. (incluyendo bibliografía).
- P. AGUELO NAVARRO: "El derecho humano a migrar y a establecerse pacíficamente", *Revista del CGAE*, n.º 27, 2003, pp. 30-38.
- G. PENTASSUGLIA: *Les minorités en Droit International*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2004, 304 pp.
- E. PERÉZ DE FRANCISCO: *Lecciones de derecho humanitario bélico*, Ministerio de Defensa, diciembre, 2003.
- M. TANDONNET: *Migrations: La nouvelle vague*, L'Harmattan, París 2003, 232 pp.
- A. TORNOS CUBILLO (ed.): *Los inmigrantes y el mundo del trabajo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2003, 266 pp.
- H. VALENCIA VILLA: *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Espasa, Madrid 2003, 452 pp.
- "La inmigración en España: una perspectiva multidisciplinar", *Papeles de Economía Española*, n.º 98, 2003.

Notas bibliográficas

La inmigración en la UE: Situación y perspectivas desde Euskadi

Europako Mugimenduaren Euskal Konstseilua
(Consejo Vasco del Movimiento Europeo)
GOBIERNO VASCO
2003

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

Los trabajos presentados en las Jornadas celebradas en Bilbao el 4-5 de noviembre de 2002 se publican ahora en este volumen. Además de la intervención de diversas autoridades autonómicas, participan un buen número de autores bien conocidos en el ámbito de la inmigración.

Tras un breve apartado dedicado a la Integración europea y la Inmigración (C. BLANCO, J. BORJA), se analiza la Inmigración en la UE (A. IZQUIERDO, E. AJA).

La Inmigración y el modelo social europeo es abordada entre otros por M. LOUHENAPESSY y J.-L. IBARRA. Por su parte C. GORTÁZAR, J.A. ESNAOLA y P. SANTOLAYA examinan los aspectos jurídicos de la Inmigración en la UE.

Las estrategias para la Inmigración son analizadas por R. ANSOTEGI, M. NYERGAARD y J. ARANGO.

Finalmente se estudian las perspectivas migratorias hacia Euskadi.

La obra ofrece sin duda numerosos ángulos de interés. El estudio del complejo fenómeno de las Migraciones desde la perspectiva autonómica se abre camino poco a poco. En este caso dicha perspectiva se halla fundamentalmente enmarcada en la Unión Europea, como indica el mismo título.

S.O.S. RACISMO. Informe anual 2003 sobre el racismo en el Estado español

Icaria Editorial
Barcelona, 2003

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

Es bien sabido que el fenómeno del racismo, a veces conjugado con otros elementos como la xenofobia, el antisemitismo y el anti-islamismo, perviven desgraciadamente en nuestras sociedades y se manifiestan con gran frecuencia.

Nacen en lo más profundo de la irracionalidad humana, pero su germinación a veces es abonada por algunos medios de comunicación, algunos par-

Notas bibliográficas

tidos políticos e incluso algunas autoridades sin escrúpulos.

Este Informe anual examina el racismo partiendo de la actual obsesión mundial por la seguridad total; pero enseguida desciende al terreno del Estado español, analizando sobre todo el fracaso del contingente y el drama de las fronteras.

Junto a todo ello encontramos vulneraciones permanentes de los Derechos Humanos de los inmigrantes, que siguen siendo Personas, en las devoluciones y expulsiones, en la repatriación ilegal de menores, en los demasiado suavemente llamados centros de internamiento.

El drama de muchos inmigrantes no acaba aquí: también debemos observar su explotación laboral en ocasiones y las dificultades de los empresarios para contratar trabajadores extranjeros.

Por otra parte subsisten las agresiones tanto de fuerzas del orden como de particulares y nuestro Estado de Derecho pasa por alto demasiadas veces tales agresiones.

Como indica el mismo Informe, todavía resulta más grave la consolidación del racismo en el discurso y en la estructura social; esa consolidación viola los Derechos Humanos y pone en peligro el carácter democrático de nuestras sociedades.

El Informe, que se detiene también en temas como el neonazismo y el racismo por omisión que sufre el pueblo gitano, contiene además una muy amplia e interesante lista de artículos.

Este Informe anual de S.O.S. RACISMO viene pleno de contenido. Por eso merece la pena que lo examinemos con sosiego y atención, para poder beneficiarnos del mismo en toda su extensión y profundidad.

QUÉ ES LA INMIGRACIÓN. ¿Problema u oportunidad? ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? ¿Multiculturalismo o Interculturalidad?

CARLOS GIMÉNEZ ROMERO
RBA. Editores
Barcelona, 2003

Por:

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Profa. Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universitat de València

Este libro pretende ofrecer “otra mirada sobre la inmigración”, distinta de la habitual, con una clara finalidad: superar esa imagen negativa y distorsionada del fenómeno migratorio que parece predominar en la actualidad. Por ello, no puede pasar desapercibido. Desde la visión que la experiencia en esta materia le ofrece, Carlos GIMÉNEZ nos brinda una obra de indudable valor divulgativo que trata de hacer frente a muchos de los estereotipos y prejuicios que de una u otra forma suelen estar presentes en la opinión pública y contribuyen al rechazo del inmigrante.

En los nueve capítulos, estructurados, cada uno de ellos, en dos partes: reflexiones generales y comentarios de opinión, y completados con un glosario, tablas, gráficos y resúmenes que facilitan la comprensión al lector, nos acercamos a aspectos fundamentales del fenómeno migratorio.

Notas bibliográficas

En los tres primeros capítulos se abordan cuestiones como la naturaleza, las causas y los efectos de las migraciones, evidenciando que las migraciones además de ser una clave en la historia de la humanidad, como expresión incesante de la movilidad humana, suponen un reto multidimensional y complejo, así como una gran oportunidad. Los flujos migratorios son una de las manifestaciones más evidentes de las disparidades existentes en el mundo y, al mismo tiempo, un conjunto de decisiones que sólo pueden explicarse si se tiene en cuenta la motivación, voluntad y carácter emprendedor de sus protagonistas. Ello no significa, sin embargo, que dichos movimientos de personas, con una finalidad básicamente laboral, deban ser vistos como un fenómeno negativo, más bien al contrario, como insiste el autor, son una contribución al desarrollo económico y sociocultural tanto del país de acogida como del de origen.

Cuestiones recurrentes cuando se aborda este tema como el impacto de las migraciones en el mercado laboral, la regulación legal de la extranjería y la inmigración, las relaciones familiares y generacionales, y la integración social de los inmigrantes, son analizadas con claridad en los capítulos cuarto a séptimo. Con una gran brillantez en la exposición, el autor deja constancia de algunas ideas, en mi opinión claves, para entender el conjunto de la obra y su argumentación a favor de concebir la inmigración desde un punto de vista positivo y más acorde a la realidad. Así por ejemplo, señala que la inserción laboral de la inmigración supone más una complementación que una sustitución de la mano de obra autóctona y que la integración comienza por la inserción laboral digna y el estatuto jurídico estable.

Los dos últimos capítulos se dedican, respectivamente, al análisis de las relaciones entre el Estado de bienestar y los nuevos ciudadanos, y al paso del racismo a la interculturalidad. Se deja así constancia de que la inmigración supone la emergencia de un nuevo sujeto en el Estado de bienestar de las socie-

dades receptoras. En esta dinámica es necesario que el inmigrante sea visto como usuario y beneficiario, pero también como contribuyente y benefactor, ya que, como demuestran los primeros estudios realizados en el ámbito español, los inmigrantes contribuyen con más de lo que reciben. Sin duda la presencia de este nuevo sujeto, puede implicar ciertas actitudes xenófobas o racistas, es entonces cuando debe tenerse en cuenta la importancia de la perspectiva intercultural, es decir, de aquella que pone el énfasis en las convergencias, más que en las diferencias, señalando lo que se tiene en común.

Tenido en cuenta las reflexiones teóricas sobre los temas señalados, basadas en las aportaciones de las ciencias sociales, el autor, con una hábil maestría, en cada capítulo enuncia preguntas reiterativas o ideas extendidas acerca del fenómeno migratorio. Se ofrecen así respuestas a opiniones que, sin duda, todos hemos oído alguna vez, tales como “la inmigración es un gran problema”, “la gente emigra porque está muerta de hambre”, “quitan trabajo; no entiendo que habiendo paro haya inmigración”, “los que están legales bien está, pero no podemos consentir la ilegalidad”, “los inmigrantes y sus familias acaparan las ayudas sociales”, o “¿estamos preparados en España para afrontar la inmigración?”.

El intento de superación del discurso del “problema de la inmigración”, que el libro persigue no resulta fácil. La dificultad se pone en evidencia si el lector tiene el valor de preguntarse acerca de cada uno de los comentarios de opinión que se recogen. A mi entender, si queremos responder con total sinceridad, más allá de una mirada estrictamente simplista, estamos obligados a pensar. En el fondo esa es la verdadera pretensión de este libro: que pensemos sobre lo que la inmigración supone (que no es poco), o lo que es lo mismo, impulsar el necesario debate público sobre la inmigración, pero no desde cualquier perspectiva, sino desde una actitud favorable a la convivencia democrática y a la ciudadanía pluricultural.

Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional

NATIVIDAD FERNÁNDEZ SOLA (Coord.)

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

La paulatina transformación de la naturaleza de la Unión Europea en un ente político sin parangón en la historia contemporánea, así como su previa evolución funcional han ido acompañadas de una creciente toma de conciencia acerca del valor en el respeto de los derechos fundamentales en esta construcción.

El respeto a los derechos fundamentales ha jugado un destacado papel en las relaciones exteriores comunitarias con países terceros llegando a condicionar la ayuda europea por éstos recibida. Pero también ha hecho sentir su peso en el ámbito interno como requisito para la adhesión de nuevos Estados o pauta de comportamiento de sus miembros con la correspondiente sanción aparejada a su incumplimiento. Finalmente y gracias a la intervención pretoriana, la garantía de los derechos fundamentales ha guiado el actuar de las instituciones comunitarias con respecto a los ciudadanos y residentes en territorio de la Unión.

Si durante décadas el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido que suplir la

laguna de los Tratados constitutivos al respecto, la elaboración y posterior adopción de la Carta de los derechos fundamentales de la UE por el Consejo Europeo de Niza (diciembre 2000) supuso un importante revulsivo en la mentalización de las instituciones comunes y de los destinatarios de las normas comunitarias de la necesidad de una proclamación clara, expresa, desarrollada y acorde con los tiempos actuales de los derechos fundamentales que las instituciones se comprometen a respetar en su quehacer cotidiano. La falta de positivación de la Carta, proclamada con el mayor rango en el todavía proyecto constitucional de la UE, no ha impedido su invocación ante el Tribunal de Justicia y en ciertos actos legislativos derivados.

Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional recoge precisamente esa evolución que la protección de los derechos humanos ha experimentado en la UE y el uso que de la Carta de Derechos Fundamentales se ha hecho hasta el momento. Pero lejos de quedarse en este ya de por sí interesante estudio y en el impacto de los derechos fundamentales sobre determinadas líneas de actuación de la UE, analiza también el valor constitucional de la Carta manifestado tanto en el proceso pretendidamente nomogenético que la alumbró como en el papel que está llamada a desempeñar como parte de la Constitución europea y elemento esencial de todo sistema político cuyos miembros se proclaman democráticos.

Así, las contribuciones que se recogen en este volumen giran en torno a dos grandes ejes, como son, la colisión de sistemas de protección y el significado de la Carta de Derechos Fundamentales.

Por un lado, la colisión de sistemas está generada por la existencia, junto al tradicional mecanismo de protección de derechos humanos instaurado por el Convenio Europeo de 1950, del evolutivo sistema experimentado en la Unión Europea y que hasta hoy ha tenido una naturaleza esencialmente jurisprudencial. En este ámbito comunitario los derechos funda-

Notas bibliográficas

mentales han jugado un papel de protección del individuo imprescindible en un sistema en el que los Estados soberanos van cediendo competencias a la Organización. Pero junto a ello y no menos importante, han contribuido a la conformación actual del ordenamiento jurídico comunitario, de su primacía sobre los Derechos nacionales y, más recientemente, como criterio de validez de actos jurídicos comunitarios. En este sentido vienen a aportar mayores precisiones y a aclarar los términos exactos de la polémica desde diversas perspectivas las aportaciones de Ángel Chueca, Susana Sanz, Agustín Menéndez, Montserrat Pi y Miriam Aziz.

El significado de la Carta, ya apuntado en las anteriores exposiciones, es objeto de particular consideración en cuanto a su valor constitucional material, con independencia de su inclusión en la futura Constitución Europea. Desde una perspectiva global aborda la cuestión la contribución de Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO; para negar su carácter de título competencial autónomo que permita un incremento de los poderes de la UE, el análisis de Paloma Biglino; su peculiar articulación de contenidos es abordada por Antonio López Castillo y su ambivalente papel como centro de la construcción constitucional de la UE o como límite a la actuación política de la Unión, según el discurso constitucional que se adopte, por Miguel Poiaras.

Finalmente y como manifestaciones específicas de la rica problemática generada por la protección de derechos fundamentales en la Unión Europea, las contribuciones de Natividad Fernández Sola y Emanuela Lombardo analizan en los ámbitos de la política de asilo y de la política de género, respectivamente, algunos de los principales problemas expuestos de modo más genérico por el resto de autores, tales como la preeminencia de los valores proclamados por la UE sobre sus intereses y objetivos económicos o la retórica en torno a la igualdad en el proyecto de Constitución Europea.

Al ser el libro comentado fruto de una selección actualizada de las aportaciones a las IV Jornadas inter-

nacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales, *Derechos fundamentales y Unión Europea* celebradas en la Universidad de Zaragoza, la estructura de la obra sigue la de dicho evento. Los primeros capítulos se dedican a la duplicidad de sistemas de protección y la adecuación de cada uno de ellos para mayor garantía a los individuos. Los siguientes a los distintos aspectos a destacar de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que nos permiten calificarla como elemento constitucional de la Unión, sea cual sea el futuro que aguarde al Tratado que instituye una Constitución para Europa.

Estamos ante una obra que analiza el pasado reciente para proyectarse claramente hacia el futuro inmediato del proceso de integración que protagoniza la Unión Europea.

“MUJERES INVISIBLES. ABUSOS IMPUNES”

Mujeres migrantes indocumentadas
en España ante la violencia
de género en el ámbito familiar

AMNISTÍA INTERNACIONAL
Julio, 2003

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

Aunque el Gobierno español esté tomando iniciativas parlamentarias en lo que a violencia de género

Notas bibliográficas

en el ámbito familiar se refiere, hecho que Amnistía Internacional considera muy positivo; sin embargo hay un gran vacío e inacción cuando de lo que hablamos es de mujeres indocumentadas.

Ya en el año 1999 el Comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer (CEDAW), hizo una observación al Gobierno español sobre este tema. La actitud del Gobierno español es de silencio total, lo que lógicamente preocupa a Amnistía Internacional.

Este informe nos habla de estas mujeres migrantes, indocumentadas y por lo tanto invisibles. La inseguridad de su situación personal, la falta de redes de apoyo, las barreras lingüísticas, o la percepción de las instituciones públicas más como amenazas que como fuente de protección, son algunos de los factores sociales que inciden en que este colectivo de mujeres se encuentre especialmente expuesto ante los abusos y que éstos queden impunes.

Este informe pretende aportar recomendaciones que lleven a las autoridades españolas a garantizar la protección efectiva de los derechos humanos de todas las mujeres frente a la violencia de género, con independencia de su situación administrativa de residencia. El incumplimiento de esta protección, va en contra de las normas internacionales de derechos humanos, como bien se encarga de recordar a los Estados la Relatora Especial de la ONU. Además considera de capital importancia promover la ratificación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (resolución 45/158 de diciembre de 1990, Asamblea General de las Naciones Unidas). Esta Convención aún no ha sido ratificada por España.

La Declaración de la ONU del año 1993 sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, insta a los Estados a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la

mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares” [resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993. Artículo 4 parr. c) e I)].

Amnistía Internacional está preocupada porque las autoridades españolas no estén garantizando con la debida diligencia los derechos humanos de las mujeres extranjeras indocumentadas, que son víctimas de la violencia de sus compañeros o maridos.

De hecho la organización ha detectado una serie de obstáculos que están debilitando el acceso de estas mujeres a la protección efectiva. Estos obstáculos son los siguientes:

- Son marcadas e invisibles. No cuentan con ninguna documentación por lo que su estatus es de clara invisibilidad. La relatora especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, nos dice que “visibilizar” a las mujeres es “visibilizar” los abusos que se cometen contra ellas. La actual política del Gobierno español de dificultar el empadronamiento de las personas extranjeras, especialmente el de las extracomunitarias, separan más a estas personas del goce efectivo de los derechos humanos.

- Uno de los problemas con los que se encuentran estas mujeres es su falta de autonomía. El fenómeno migratorio de las mujeres viene íntimamente ligado a la “reagrupación familiar”. La Unión Europea reconoce la necesidad de fomentar la integración autónoma de las mujeres migrantes irregulares, como paso esencial en la ruptura de un vínculo con una pareja violenta. Ya en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 1997 sobre Tolerancia Cero frente a la violencia de género, se reconocía la especial vulnerabilidad de estas mujeres ante los abusos. En el apartado 30 de la Resolución insta al Consejo de Ministros de Justicia e Interior a que adopten reglamentos en relación con la inmigración y asilo para asegurar que “mujeres de terceros países no sean deportadas en caso de que se separen de un esposo violento”. Una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, prevé que las

Notas bibliográficas

mujeres no residentes y víctimas de la violencia de género deben ser protegidas especialmente. Amnistía Internacional ve con preocupación que la normativa española sobre reagrupación familiar sea más restrictiva de derechos que en la expresada en los compromisos internacionales citados.

Por otro lado, el actual Reglamento de Extranjería condiciona la adquisición de permiso de residencia independiente del cónyuge reagrupado a la acreditación de la “convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años”. En España se condiciona la pérdida de ese derecho al cese de la convivencia, mientras que en la Directiva sólo se pierde en caso de divorcio o disolución del matrimonio. Además en España el Proyecto de Reforma de la Legislación de Extranjería modifica el régimen de reagrupación familiar, pero en sentido contrario apuntado por el derecho internacional y por la citada propuesta de Directiva, restringiendo aún más las posibilidades de acceso al permiso y residencia autónomo de las mujeres que llegan a España como reagrupadas. Se suprime la posibilidad de acceder al permiso de residencia independiente tras dos años de convivencia continuada y se condiciona el acceso al mismo a un único requisito: obtener autorización para trabajar (nueva redacción del artículo 19 de la Ley de Extranjería).

Dado que las mujeres migrantes tienen mayores dificultades para encontrar un trabajo, Amnistía Internacional ve con preocupación que la nueva normativa coloque a las mujeres en situaciones mayores de vulnerabilidad.

- Acceso a la asistencia jurídica. La Ley 4/2000 fue modificada por la 8/2000 en sentido de eliminar el derecho de asistencia jurídica gratuita de los “que se encuentren en España inscritos en el padrón municipal” manteniendo este derecho sólo a los que se encuentren en España de manera regular. Amnistía considera esta práctica muy grave y celebra la reciente sentencia del Tribunal Constitucional al respecto. El Alto Tribunal declara que el derecho a la

tutela judicial efectiva forma parte de “aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano”.

Amnistía Internacional ha podido constatar que en este país se aplica la no-asistencia jurídica a aquellas personas que carecen de residencia legal (por ejemplo en el Servicio de Atención a la Víctima del decanato de los juzgados de la Instrucción de Madrid). La exclusión de las mujeres indocumentadas de la prestación de la Justicia gratuita, supone además de un incumplimiento de las normas básicas de los derechos humanos y de la propia Constitución Española, un obstáculo muchas veces insalvables para que las víctimas de violencia doméstica accedan a la justicia.

Amnistía pide al Gobierno Español que aplique la sentencia del Tribunal Constitucional.

- Acceso a la red de protección pública ante la violencia de género en el ámbito familiar. A las mujeres indocumentadas se les niega el acceso a los centros de emergencia y otros recursos destinados a apoyar y proteger a mujeres víctimas de violencia de género. Incluso en algunos centros (como es el caso de Valencia) se llama a la policía cuando una mujer extranjera indocumentada solicita protección.

La prioridad debe ser el cumplimiento y defensa de los derechos humanos; así lo prevé el ordenamiento jurídico español.

Recomendaciones:

De carácter general:

a) Ratificar la Convención de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares.

b) Reconocer la situación de vulnerabilidad de los/as migrantes indocumentados frente a los abusos contra los derechos humanos.

Notas bibliográficas

c) Revisar y modificar leyes y procedimientos de inmigración con el fin de modificar todo elemento discriminatorio y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

d) Poner en marcha políticas y planes de acción para prevenir los abusos graves contra este colectivo.

e) Eliminando la invisibilidad administrativa, facilitando el acceso a registro administrativos como el Padrón Municipal.

Y por supuesto se hacen recomendaciones para la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres migrantes en situación de irregularidad. Se recomienda eliminar cualquier obstáculo que impida a estas mujeres acceder a la protección de sus derechos así como se recomienda llevar a cabo las siguientes reformas legislativas:

- Acceso a la Justicia Gratuita.
- Acceso a los dispositivos de protección integral. Que todas las víctimas de violencia de género tengan la posibilidad de acceder a la red de apoyo.
- Que el derecho de residencia se extinga sólo en caso de divorcio o disolución del matrimonio y que por supuesto que todas aquellas personas víctimas de violencia de género tengan posibilidades de acceder a un permiso de residencia independiente.

Por último asegurar que la protección de los derechos de estas mujeres va a ser prioridad de los Agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, por delante de cualquier consideración administrativa. Y garantizar la formación de las instancias del sistema penal y de los centros de emergencia en este sentido.

GLOBALIZACIÓN E IDENTIDADES. Claves políticas y jurídicas

JAVIER DE LUCAS
ICARIA-ANTRAZYT
Barcelona, 2003

Por:

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Profa. Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universitat de Valencia

No resulta fácil abordar el debate entre dos polos de tensión como globalización e identidad, si se tiene en cuenta que han sido y son dos de las cuestiones fundamentales en la última década del siglo xx y principios del xxi. Teniendo presente la dificultad del tema, y sus múltiples formulaciones, cuando el que propone plantear este coloquio es Javier de Lucas, el lector tiene asegurado, como mínimo, la claridad de ideas y la inteligencia de las aportaciones, lo cual no es poco. El inmenso bagaje intelectual del autor, su sólida formación y reconocido prestigio por las valiosas contribuciones anteriores sobre cuestiones que ahora retoma (tales como el modelo de ciudadanía o la transformación del vínculo social y el contrato político, por citar algunas) invitan a adentrarse en este ensayo.

Notas bibliográficas

Desde el principio De Lucas advierte que su reflexión se centra en algunos aspectos del ámbito político y jurídico, con el objetivo de contribuir al hecho de que el debate entre globalización e identidades explore la tensión y las contradicciones existentes en torno a la lógica de los derechos, de la ciudadanía y de la democracia. Para lo cual propone cinco ejes de discusión: 1- el repliegue identitario como una enfermedad de la democracia; 2- las confusiones acerca del riesgo que supondría, para el pluralismo y la democracia, el incremento de la multiculturalidad; 3- los retos a los que se enfrenta el principio de igualdad; 4- el impacto de la globalización en la crisis de la noción de soberanía; 5- las disputas sobre el modelo de ciudadanía. Todo ello advirtiendo dos precauciones: el carácter colectivo (social) de la construcción de la identidad y el hecho de que dicha construcción de identidades es un juego básicamente político.

Tratando de evitar confusiones, el autor propone descartar la simplista contraposición entre el proceso de globalización y las reivindicaciones identitarias, incidiendo en cuatro aspectos:

1- La complejidad del propio concepto de proceso de globalización, desde el sentido genérico ya enunciado por Giddens, hasta el específico en el que se evidencia que la cuestión clave desde el punto de vista político es el gobierno del proceso de globalización.

2- La función de modelo explicativo o paradigma, como herramienta de conformación de la realidad, que cumple hoy la globalización.

3- La confusión entre globalización y universalismo, en la que conviene tener presente que la primera no sigue el mandato de la segunda, ya que, el discurso de la globalización en relación con los derechos lleva implícito la limitación de éstos, como se evidencia, por ejemplo, a propósito de los flujos migratorios y las minorías nacionales.

4- La globalización cultural, respecto a la cual se recuerda la poca entidad de mantener en la actuali-

dad la idea de cultura global. Lo que la globalización ofrece es una reubicación de la identidad coherente con la lógica liberal y encaminada a encasillar la cuestión identitaria en el ámbito privado, fuera de la esfera pública, pero sin aparcarla.

La segunda parte de este trabajo se centra en los prejuicios en el uso político de las identidades culturales, evidenciando la falta de alternativas sobre cuáles son los sujetos de la política y en qué consiste el espacio de ésta en el proyecto de globalización. Dos argumentos centrales sirven para abordar la cuestión de cómo se estigmatizan las identidades minoritarias o no hegemónicas, cerrando la discusión sobre las nuevas identidades. El primero de tales argumentos es el de las “identidades asesinas”, es decir, cuando la identidad se formula en términos innegociables de forma que se convierte en un mecanismo de exclusión, ya que, parece que sólo es posible frenar la lógica asesina de la identidad cultural diferente si ésta es obviada en la esfera pública. En este punto no existe alternativa para dichas identidades, puesto que o bien son irrelevantes para la configuración del vínculo social y el contrato político, o han de ser vistas como una amenaza para el progreso que la globalización supone.

Enlazando con la idea de la aparente peligrosidad de determinadas identidades, se presenta el segundo de los argumentos: la creación del inintegrable político por inasimilable cultural (fobotipo), que encuentra en los planteamientos de Sartori un buen exponente. Tomando como ejemplo de la creación de dicho fobotipo la actual discusión acerca de las políticas de inmigración, De Lucas responde a las propuestas del mencionado autor italiano (que mantiene, por ejemplo, que el inmigrante es básicamente una carga para la sociedad de acogida, un parásito dispuesto a beneficiarse de las ventajas del Estado de Bienestar) desde la contundencia y la brillante argumentación propia de uno de los mejores expertos en inmigración en el ámbito español. Así recuerda que frente a propuestas como las que consideran que el multiculturalismo es el mal que amenaza destruir nuestras democracias,

Notas bibliográficas

hay que responder evitando prejuicios y generalizaciones y teniendo presentes dos lecciones: la democracia pluralista exige, por una parte, reconducir el carácter multicultural de nuestras sociedades y, por otra, una lógica garantista e inclusiva que apueste por una igualdad compleja, una ciudadanía diferenciada o multilateral que cumpla la función identitaria sin acabar con la de estatus, como título formal de soberanía y derechos. Según De Lucas, precisamente en el caso de los flujos migratorios y de las minorías nacionales y culturales (los principales agentes de la multiculturalidad) se pone a prueba nuestra capacidad para hacer frente al principal déficit de nuestras democracias: el pluralismo. Estos agentes ponen en tela de juicio dicho pluralismo que aparece sentenciado por una aporía política fundacional, así lo evidencia el autor acudiendo a referencias clásicas como el mito de Proceso, el síndrome de Atenas y el complejo de Shilok.

En la tercera parte del libro llegamos al eje central de la reflexión que De Lucas propone: el análisis de la relevancia política del pluralismo cultural mediante la discusión de las dimensiones jurídicas y políticas de las identidades culturales en el contexto de la globalización. Dicho análisis se centra en tres cuestiones:

1- En primer lugar se plantea si existe un derecho y de qué tipo a la identidad cultural. Siguiendo propuestas como la de Taylor, Kymlicka o Walzer y los trabajos de organizaciones internacionales como la UNESCO y la ONU, se aborda el derecho a la cultura y al etnodesarrollo, insistiendo en la idea de que la construcción de la identidad es un proceso que se lleva a cabo en contraste dialógico con los otros. Así buena parte de los conflictos que se presentan como identitarios pueden traducirse, en realidad, en negociación razonable de las reglas de juego de la convivencia plural.

2- La segunda cuestión hace referencia a la necesidad de abordar la identidad cultural como causa de discriminación en el reconocimiento o ejercicio de los derechos. Como señala De Lucas, la globalización está mar-

cada por una fuerte asimetría de las partes en el diálogo que hace que a veces se olvide que el análisis de las dificultades de convivencia en sociedades multiculturales debe tomar como punto de partida dos principios: la no discriminación por la pertenencia a grupos culturalmente diferentes y el derecho a la propia identidad cultural. A estos principios hay que unir dos condiciones: por una parte, tener en cuenta la situación particular de cada una de las sociedades, y por otra, asumir que la idea de una sociedad homogénea es ficticia, nuestra propia identidad es plural.

3- La tercera de las cuestiones se centra en la relación entre diferencias culturales y conflictos jurídicos. Se aborda en este punto la polémica sobre los choques de identidades que conllevan los procesos migratorios, tratando problemas como el uso del velo en la escuela pública o las prácticas de mutilación genital femenina. El autor evidencia las negativas consecuencias de responder a conflictos de este tipo negando el pluralismo: de entrada se emitirá un juicio sobre la legitimidad de una cultura (olvidando la importancia de la contextualización, de la necesidad de conocimiento y comprensión de la otra cultura); a continuación se pondrán de manifiesto las lagunas y contradicciones del sistema jurídico occidental; y por último, habrá que preguntarse cuál es el bien jurídico que se protege cuando se recurre a la norma penal para sancionar, por ejemplo, una práctica de mutilación genital, y cuál es el camino más adecuado para actuar en caso de conflicto. Advirtiendo la poca eficacia del recurso al derecho penal en estos supuestos, por la exclusión y los efectos sociales negativos que conlleva, De Lucas concluye la oportunidad de mantener el carácter simbólico de las sanciones y la opción por la vía legislativa, en lugar de la judicial, sin obviar que estos conflictos cumplen una función de catalizador de nuestros propios problemas.

El caso de la identidad europea, como laboratorio en el que experimentar posibles soluciones en las relaciones entre identidad cultural y globalización, se aborda en la cuarta parte del libro. El sentido, el fundamento y el alcance de la identidad europea, así como el problema de las identidades subestatales

Notas bibliográficas

dentro de los estados miembros, son cuestiones tratadas en este apartado a las que, como su autor pretende, se aporta claridad al criticar algunas tergiversaciones. Teniendo en cuenta las propuestas de Morin y Castoriadis, se recuerda que el mayor peligro para la identidad europea es el proyecto homogeneizador, que lleva a olvidar la riqueza de la diversidad y a perder de vista que lo característico de la cultura europea es su apertura a otros modelos, incluso a las culturas no hegemónicas que hay en su interior. Si en realidad en Europa no existe un sustrato de identidad prepolítico que permita la homogeneización, la definición del vínculo político que se puede predicar de las democracias multiculturales queda alterado. Como mantiene DE LUCAS, el europeísmo de muchos es, en el fondo, nacionalista, el intento de imponer el propio Estado. El cosmopolita sería aquel que se construye desde la múltiple pertenencia, sin exigir el desarraigo identitario, sino tomando sus raíces como punto de partida, quizás en la misma línea que propone Bauböck al defender una ciudadanía transnacional que comienza por lo local, por considerar la residencia como condición de ciudadanía.

Retomando los cinco ejes de discusión propuestos al principio, se concluye con algunas cuestiones abiertas que sintetizan los aspectos más relevantes analizados a lo largo del trabajo y focalizan algunas cuestiones a tener en cuenta en relación a las políticas de inmigración: los desafíos que la inmigración supone en el contexto europeo, la obsesión con el islam como obstáculo para la reconstrucción identitaria en el proyecto europeo, y la relación entre ciudadanía europea, identidades nacionales e identidad europea.

Este libro consigue, sin duda, clarificar cuestiones de gran complejidad sobre las relaciones entre globalización y procesos identitarios realizando interesantes aportaciones, con el añadido, poco común, de encontrarnos con un interlocutor, Javier de Lucas, cuya capacidad de análisis le ha convertido en uno de los máximos exponentes en el debate público sobre un factor clave en la actualidad: la acomodación (jurídica y política) del pluralismo cultural.

CONSTITUCIÓN Y EXTRANJERÍA

La dialéctica de la integración

FERNANDO OLIVÁN
DYKINSON S.A.
Madrid, 2004

Al definir en sede constitucional el concepto integración el autor busca unos objetivos estratégicos: De entrada la construcción de las relaciones de extranjería desde una óptica a la que denominamos justamente integración. En segundo lugar la constitucionalización del sistema de extranjería, construido, de esta manera como una sistema basado en los principios de los Derechos Humanos y en la mecánica de los derechos fundamentales. Y, por último, en la vinculación de estos derechos a la progresividad que se deriva de la constitucinalización de los derechos sociales.

La tesis contenida en el libro es que la propia dinámica de la Constitución, en la eficacia que extrae de la combinación de los artículos 9 y 10, tiende a borrar la diferencia entre españoles y extranjeros, y todo ello, en la potencia de este concepto cuya consolidación dogmática queda sobradamente consolidada.

El libro se propone, así, un objetivo de largo calado. Sobre la tela de fondo de las relaciones de extranjería analiza, con auténtico bisturí, los fundamentos

Notas bibliográficas

reales del constitucionalismo moderno. Sin embargo el proyecto no responde a un mero propósito académico, todo lo contrario, se asienta en un necesidad cada vez más acuciante: entender los nuevos retos que nos proyecta la sociedad moderna.

Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional
3ª edición, 2004-2005

Directores: P. AGUELO NAVARRO y
Á.G. CHUECA SANCHO

Título de postgrado reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid, Homologado por el Consejo General de la Abogacía Española; Certificado de participación expedido por la University of California y Título de diplomado reconocido en México por la Universidad Veracruzana.

Directores: Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho.

Colaboran: Consejo General de la Abogacía Española, Universidad Europea de Madrid, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Gobierno de Ara-

gón - Consejería de Economía, Fundación Telefónica, Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México) - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería del reicaz y Editorial Lex Nova.

Programa:

Módulo Introductorio: Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

Módulo Primero: Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

Módulo Segundo: Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gente en movimiento.

Módulo 2B (USA): La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

Módulo 2C (MÉXICO): Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

Metodología E-Learning:

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

Más información ver en: www.extranjeria.info/curso

MANUEL FERRER MUÑOZ
Coordinador General

Centro Europeo de Estudios sobre Flujos Migratorios

Acaba de constituirse en Las Palmas de Gran Canaria (España) el Centro Europeo de Estudios sobre Flujos Migratorios, que permitirá el impulso de nuevas propuestas, estudios e iniciativas de carácter social en torno a la inmigración, el principal reto al que debe hacer frente el Archipiélago Canario durante las próximas décadas. En efecto, la iniciativa de referencia se propone la búsqueda de soluciones a ese problema a través de un análisis riguroso y multidisciplinar del hecho migratorio.

Los proyectos que la Asociación contempla para su ejecución apuntan a la realización del siguiente programa:

- coordinación con las instituciones para la puesta en marcha de iniciativas que colaboren en la mejor cualificación profesional de los inmigrantes;
- análisis comparativos de las legislaciones de otros países que deben afrontar problemas migratorios semejantes a los de España;
- atención preferente al marco geográfico de Canarias, que no sólo constituye la frontera sur de Europa, sino que se ha configurado como lugar de confluencia de culturas y civilizaciones;
- formación e integración social de los inmigrantes;
- constitución de bolsas de trabajo y de vivienda;
- investigación y estudios sobre la realidad actual de la inmigración;
- formación de una biblioteca especializada y publicación de estudios monográficos y de libros y folletos de difusión;
- organización de actividades investigadoras y docentes sobre el tema de la inmigración;
- sensibilización de las sociedades europeas en torno al problema de las inmigraciones.

Persuadidos los promotores de esta iniciativa de la importancia de sumar esfuerzos, invitan a colaborar en el proyecto a todos aquellos que compartan el convencimiento de que sólo un trabajo serio y metódico, precedido de análisis serenos y desapasionados, puede asegurar el avan-

ce en un terreno tan delicado, en el que no sólo están en juego intereses estratégicos, económicos o sociales. Miles de vidas humanas se hallan involucradas.

Los apoyos institucionales (Gobierno de Canarias, cabildos insulares, ayuntamientos), la solidaridad de las diversas formaciones políticas y el compromiso de los sectores empresariales y sindicales permitirán que estos esfuerzos fructifiquen.

Los primeros logros que se esperan del trabajo del Centro Europeo son la elaboración de una *Guía del Inmigrante en Gran Canaria* y una *Guía del Inmigrante en Tenerife*, que proporcionen información básica sobre perspectivas de empleo y de formación profesional, servicios e instituciones de carácter social, asistencial y cultural, prestaciones médicas, asesorías jurídicas, asociaciones de inmigrantes, instrumentos de acceso a la vivienda... A estas guías seguirán otras con noticias referentes a las demás islas. Otro de los propósitos cuya realización se contempla en breve plazo es la elaboración de una página *web* con la legislación existente en los diversos países europeos acerca de la inmigración.

Todos aquellos interesados en el proyecto pueden dirigirse al correo electrónico manuelagato@hotmail.com.

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Abogado,
Presidente de la Subcomisión de Extranjería
del Consejo General de la Abogacía Española
(aguelo@extranjeria.info)

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad de Zaragoza
(agchueca@extranjeria.info)

II

El novísimo derecho humano de las personas a migrar

*¿Qué raza de hombres es ésta, o que nación tan bárbara
que permite un trato semejante prohibiendo acercarnos a
sus costas?*

Virgilius, *Eneida* I,

Los versos se refieren al intento de desembarco de Eneas en las costas de África. De su lectura no parece difícil imaginar los adjetivos que merecerían al poeta los trágicos sucesos que en la actualidad acontecen frente a las costas andaluzas y canarias.

Reformas legales. Las reformas legislativas emprendidas en España en el último año, que contienen importantes sombras de inconstitucionalidad, consuman un régimen de verdadero “apartheid legal”, en el que las garantías jurídicas y los derechos fundamentales quedan merados hasta hacerlos irreconocibles, y en el que las personas extranjeras cuentan sólo como herramientas de trabajo.

Estamos ante un panorama ÉTICAMENTE OBSCENO (porque no se respetan ni los principios éticos mínimos), POLÍTICAMENTE PELIGROSO (porque se manejan constantemente argumentos xenófobos) y JURÍDICAMENTE INADMISIBLE (porque se violan numerosos derechos humanos).

Las reflexiones que a continuación presentamos, esperamos sirvan de inicio a un necesario debate que sitúe a la PERSONA y sus DERECHOS, en el centro de la regulación de un Derecho Migratorio más justo e íntimamente ligado al desarrollo integral de la Humanidad.

Un nuevo IUS HUMANITATIS. Ya en el s. XVI, el teólogo-jurista español, Francisco DE VITORIA, afirmaba el derecho de TODA PERSONA a circular libremente y a establecerse pacíficamente en territorios ajenos a su propio Estado. Este derecho, afirmado como un *IUS HUMANITATIS*, patrimonio universal de todas las personas, siguió reconociéndose con posterioridad, incluida la primera mitad del s. XX. En esa misma dirección se pronuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, que afirma en su artículo 13: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

Resultará útil recordar que, hasta ese momento, la emigración seguía unas rutas que iban desde Europa hasta América o Ultramar, y que es, precisamente, en la segunda mitad del s. XX, al producirse un cambio radical en las rutas migratorias, cuando el Derecho a migrar es puesto en cuestión. Ya no son los europeos los que “hacen las Américas”, sino que a nuestras costas se apro-

ximan personas con escasos recursos, procedentes de otras zonas del mundo. Es pues momento de preguntarnos: ¿Pueden huir de la miseria, de la persecución política, de las dictaduras, de los desastres naturales, de los horrores de todo tipo, sin que sean devueltos a sus lugares de origen? En el umbral del siglo XXI, ¿es tan utópica la reivindicación del viejo *ius migrandi*, que en un momento de nuestra Historia del Derecho fue reconocido como un derecho de la Humanidad?

El *ius migrandi* como Derecho Humano. De un modo sintético diferenciaremos: El Derecho a no emigrar, que implica que en los Estados de origen debe lograrse el desarrollo en todas sus dimensiones, alcanzando unas condiciones de vida dignas, que eviten el éxodo masivo de sus poblaciones. El Derecho a emigrar, corolario del anterior, que supone que cualquier persona debe poder circular de forma voluntaria y libre por todo el planeta. Y en tercer lugar, el Derecho a establecerse pacíficamente, que significa el derecho a trabajar y vivir en el Estado en el que una persona haya decidido permanecer.

La existencia de estos tres derechos se basa en la mejor tradición jurídica pasada y presente: La de los Derechos Humanos de todas las personas, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, etc.

Los posibles límites del Derecho a migrar. Partimos de la consideración de la inexistencia de derechos absolutos, pues es indiscutible que cualquier derecho tiene unos límites, sin embargo los límites no pueden llegar a significar la negación o desconocimiento del derecho mismo. En el presente caso, no parece fácil definir todos y cada uno de los posible límites del *ius migrandi*, pero podemos apuntar la sanidad y seguridad pública, siendo conscientes que la ampliación o restricción de los límites conformará un derecho migratorio más o menos fuerte. Por su parte, el establecimiento deberá ser pacífico, amistoso y mutuamente respetuoso, sin más barrera que los propios Derechos Humanos, a los que de ninguna manera cabe renunciar ni aun en aras de una deseable convivencia. El ejercicio del derecho tampoco debe significar un empobrecimiento para ambas partes, aun cuando lógicamente que este empobrecimiento no puede comprenderse en exclusivos términos economicistas. La comunicabilidad y sociabilidad entre las personas reporta también beneficios a veces difícilmente cuantificables a corto plazo que redundan en el enriquecimiento cultural, social o personal de las sociedades receptoras y de los migrantes.

La Convención de 1990. En apoyo de nuestra tesis, en el año 2003, entraba en vigor la Convención sobre los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990. Este tratado internacional, que por el momento tan sólo ha sido ratificado por Estados de origen de la emigración, es un primer paso en el reconocimiento de un estatuto mínimo de derechos para todas las personas migrantes, independientemente de su situación administrativa. Es hora de que los Estados europeos y la Unión Europea superen el cinismo del doble lenguaje: Derechos Humanos para los ciudadanos de la Unión pero no para los extranjeros. Pueden comenzar a recorrer el camino ratificando la Convención de 1990, y derogando las Leyes de extranjería que la vulneran frontalmente.

Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros

SUMARIO

I. Introducción.

II. Protección de menores y prohibición de expulsión.

III. La expulsión de menores y el Ministerio Fiscal.

IV. La nueva política de repatriación de menores inmigrantes marroquíes.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente los medios de comunicación han dejado constancia de la polémica que existe en torno a la utilización de ciertos instrumentos de política migratoria contra menores extranjeros en situación irregular.

Como sabemos, la expulsión, devolución en frontera y otras medidas sancionadoras de alejamiento son algunos de los medios de que disponen los poderes públicos para luchar contra la inmigración ilegal y controlar los flujos migratorios. La cuestión que se suscita ahora es su aplicabilidad a los menores, a raíz de ciertas iniciativas que se han adoptado en los últimos meses. Se está haciendo referencia a la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretenden entrar ilegalmente en España y en quienes no concurre la situación jurídica de desamparo y el *Memo-randum* de entendimiento entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la repatriación asistida de menores no acompañados.

Todos los problemas nacen de la ausencia de una norma expresa en nuestro ordenamiento que prohíba la expulsión de menores¹. Hasta ahora, la laguna normativa había sido interpretada de

(1) Esta situación se produce con la entrada en vigor de la nueva Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante LE o Ley de Extranjería) y, en especial, de su Reglamento de Ejecución, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio (en adelante RE). Bajo el régimen de extranjería anterior el artículo 13 del Reglamento de ejecución de la Ley 7/1985, de 1 de julio, expresamente establecía que “en ningún caso, estos menores [los que se encuentren en situación de desamparo] podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas el artículo 26. 1 de la Ley”.

forma casi unánime a favor de la prohibición de expulsión², que se hacía extensiva a las demás medidas de alejamiento, como el rechazo, retorno o la devolución en frontera pues, sobre todo esta última, no son sino expulsiones encubiertas, sin expediente administrativo y, por tanto, con menos garantías aún que la primera.

A la luz de la postura que mantienen el Fiscal General del Estado y el Ministerio del Interior, se impone un análisis jurídico de la cuestión ya que, aunque no ha habido reforma legislativa que elimine la laguna, podría haberse producido un cambio en la interpretación defendida hasta hoy.

II. PROTECCIÓN DE MENORES Y PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN

No podemos olvidar en ningún momento que nos encontramos en el ámbito de la inmigración infantil, es decir, aquella protagonizada por jóvenes extranjeros que son menores de edad. Así, la condición jurídica de estos sujetos viene definida por un doble parámetro: por un lado son extranjeros y por otro son menores. Sin embargo, estos condicionantes no se encuentran en idéntico nivel de preferencia. La cláusula social del Estado de Derecho ha consagrado un tratamiento universal de protección a la infancia que desplaza, en el ámbito de la extranjería, cualquier tratamiento normativo inspirado en el control de los flujos migratorios. Por esta razón, la condición de menor debe determinar, por encima de su condición de extranjero y, más aún, de la irregularidad de su estancia, el régimen jurídico que se le ha de aplicar, que ha de aspirar a la realización del interés superior del joven y a su protección³.

En efecto, la Ley de Extranjería prevé un régimen especial para los menores en su artículo 35. En este precepto, bajo el título *residencia de menores*, se establece el régimen aplicable a los extranjeros cuando son menores. A pesar de la rúbrica, el tratamiento jurídico que recibe el menor persigue la reagrupación con su familia a través de la figura de la repatriación y, sólo cuando no sea posible llevarla a cabo, se permite su permanencia en España. Esta regulación, que se mantiene

(2) Sólo algunos autores de forma aislada han defendido con claridad la legalidad de la expulsión de menores. Para ello, a veces se basan en argumentos de mera utilidad, como solución ante la imposibilidad material de las administraciones de hacerse cargo del número de extranjeros que llegan a nuestro país, sobre todo Ceuta y Melilla, vid. I. HIDALGO BARAS: "Inmigración ilegal", *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 6, 1999, p. 86. En otros casos, se recurre al mismo silencio del legislador, recordando que la minoría de edad no se encuentra entre las causas que la Ley cita como impedimento para ser expulsado, vid. A. LÓPEZ LÓPEZ: "Inmigración, delincuencia y minoría de edad" en *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Granada, 2002, p. 375.

(3) El Tribunal Constitucional ha reconocido que el estatuto jurídico del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, así como indisponible para todos los menores dentro del territorio nacional, por todas, STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5º. Ciertamente, el artículo 1 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LPJM), incluye en su ámbito de aplicación a todos los menores que se encuentren en territorio español y las legislaciones autonómicas sobre protección de menores contienen previsiones similares. A título de ejemplo, el artículo 2.1 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección de la Infancia en Castilla y León.

tras la última reforma⁴, merece ciertas objeciones. Entre ellas, la más importante se refiere a la prioridad que se concede a la repatriación frente a la permanencia, aunque en teoría esta institución responda a una filosofía y fines distintos al alejamiento, pues su motivación es la reagrupación familiar y no el control de la inmigración⁵.

No obstante, la existencia misma de esta norma constituye un argumento en contra de la expulsión o devolución de los menores extranjeros. No en vano, si el legislador hubiera querido abrir a los menores las sanciones de expulsión, no hubiera previsto ningún régimen especial y se hubiera limitado a remitir su tratamiento al régimen general.

Aun así, a mayor abundamiento, la doctrina cimienta la prohibición de expulsión en el sistema de protección de menores. Ciertamente, este entramado normativo constituye un estatuto indisponible para todos los poderes públicos, de orden público, en cuya interpretación no puede haber discriminaciones por razón de la nacionalidad⁶. A grandes rasgos, la idea es que, cuando hablamos del fenómeno de la inmigración infantil, nos referimos a jóvenes extranjeros que han llegado a España solos, sin ningún referente ni compañía familiar, con la intención de satisfacer su propio proyecto migratorio. Estos menores extranjeros no acompañados⁷ se encuentran técnicamente en una situación de desamparo, descrita en el artículo 172.1 del Cc, como “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Esta situación genera, de acuerdo con el primer párrafo del artículo anterior, una obligación de tutela de la administración pública. Dicha obligación es automática pues se produce *ope legis*, desde el mismo momento en que se constata la situación de hecho, aun cuando no exista acto jurídico formal que lo declare. Así, la administración debe desplegar todos los medios a su alcance para otorgar el amparo que el joven necesita, sin que pueda hacer dejación de esta función⁸.

(4) Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

(5) Es necesario hacer una aclaración terminológica pues, en realidad, la LE en su artículo 35 habla de retorno del menor. Sólo después, en el Reglamento (RE), se emplea el término repatriación. Este último es el preferido en este trabajo pues, a diferencia del primero, permite enfatizar la finalidad reagrupadora que ha de tener esta medida, diferenciándola del retorno, que se aplica cuando se deniega a una persona el ingreso en frontera, regulado en el artículo 60 de la LE.

(6) Así lo exige la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño (en adelante CDN) en su artículo 2.1 “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente del (...) origen nacional, (...)”. O, el mismo artículo 1 de la LPJM y las distintas legislaciones autonómicas en materia de protección de menores, vid. nota 3.

(7) Se adopta la definición propuesta en la Resolución del Consejo de Europa relativa a menores no acompañados de países terceros, de 26 de junio de 1997, C221, pp. 23 a 26.

(8) En Francia, se defiende una interpretación de la normativa de protección similar a la mayoritaria en España. La situación de los menores extranjeros que llegan a las fronteras solos y sin representante legal es, técnicamente, una situación de peligro definida en el artículo 375 del Código Civil francés. Ante tales situaciones la legislación francesa de protección social exige la protección administrativa del menor (artículo 223-2 del Code de l’action sociale et des familles). Vid. M. CREOFF: “Qu’est-ce que qu’ enfant en danger?”, *Plein Droit*, n.º 52, 2002, pp. 7 y ss.

Esto no impide que se pueda contemplar la posibilidad de que el extranjero vuelva a su país, pero con limitaciones. Si retornara sería, examinado cada caso concreto, cuando lo aconsejara el interés del menor (y sólo si se satisface esta condición), para reagruparse con su familia o para disfrutar de la adecuada protección que, en su caso, le brindaran las instituciones de menores de su país. A esta solución responde del régimen de menores extranjeros previsto en la Ley de Extranjería y su Reglamento⁹.

Parece claro que esta postura se basa en una interpretación forzada de la institución de la tutela porque, más que lograr una eficaz protección y amparo del menor, se persigue evitar una eventual expulsión. La interpretación puede ser forzada pero pretende satisfacer, ante todo, el interés superior del menor así como su protección y cuidado, cumpliendo con lo prescrito en el artículo 2.1 y 3.1 de la CDN y artículo 2 de la LPJM que, recordemos, constituyen el estatuto indisponible, obligatorio, de orden público para todos los menores en España¹⁰.

III. LA EXPULSIÓN DE MENORES Y EL MINISTERIO FISCAL

Como se ha tenido ocasión de adelantar no existe en nuestro ordenamiento, ni en la Ley de Extranjería ni en ninguna otra disposición, una prohibición que impida expresamente que los menores sean expulsados de nuestro territorio. Con este panorama legal, expresamente mantenido tras la última reforma de la Ley, el 23 de octubre de 2003, el Fiscal General del Estado dictó una polémica Instrucción, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretenden entrar ilegalmente en España y en quienes no concurre la situación jurídica de desamparo. Con este título se percibe, enseguida, el ánimo crítico contra la interpretación que se viene defendiendo y que permite justificar una prohibición de expulsión de menores. Según la postura del Fiscal General del Estado, como vamos a tener ocasión de examinar, los menores, eso sí, siempre que tengan más de 16 años, van a poder ser expulsados o devueltos, en definitiva, alejados. Es el momento de aproximarse al contenido de esta Instrucción.

Los verdaderos motivos, las razones de peso, que están detrás de esta decisión, se exponen al principio, cuando se advierte “hemos de ser conscientes de que los recursos materiales de los países de acogida, entre los que se encuentra España, no son ilimitados, ni pueden asumir los

(9) En realidad, en la Ley sólo se admite el retorno del menor a su país de origen, a aquel en el que se encuentren sus familiares, porque la finalidad de la medida, denominada repatriación, es la reagrupación del menor con ellos (artículo 35.3). El Reglamento amplía la repatriación y admite, cuando no pueda ser localizada la familia, la repatriación para ser tutelado por los servicios de protección de menores (artículo 62). Nos deberíamos preguntar si este desarrollo tan amplio de la repatriación es compatible con la configuración legal de la protección de los menores en España y la reagrupación familiar. Si no lo fuera, la regulación reglamentaria podría ser inaplicada por los jueces y ser indirectamente recurrida, a través de la impugnación de un acto de aplicación, para que el Tribunal Supremo la declare ilegal (artículos 27 y 123 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). En este sentido, vid. E. AJA y D. MOYA (dir.): *Els Menors Immigrants en Desamparament a Catalunya* (pendiente de publicación), Barcelona, 2003, p. 72.

(10) Artículo 3.1 de la CDN “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Artículo 2.1 de la LPJM “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Vid. STC 141/2000, cit.

Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros

III

actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico. Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serían necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país (...)”¹¹. No obstante, conviene reflexionar sobre las razones jurídicas esgrimidas, pues la falta de medios materiales no sirve para justificar medidas que pueden ser ilegales.

El Fiscal General reprocha el automatismo con que se declara el desamparo del menor extranjero para, como se explicaba antes, evitar su expulsión o devolución.

Con este objetivo comienza censurando que la minoría de edad asegure por sí sola la declaración de desamparo, por más que el extranjero carezca de referente familiar en España. Así, los jóvenes ante cuya presencia nos encontramos, cuando hablamos de menores no acompañados, no se encontrarían en situación de desamparo. El perfil sociológico de esta realidad está definido por jóvenes de edades comprendidas entre los 14 y 18 años, aunque a veces son más jóvenes, en su mayoría de nacionalidad marroquí, dada la proximidad geográfica de este país. Siempre según la Fiscalía, no vivirían situaciones de desprotección o desamparo, al menos los que superan los 16 años, pues llevan una vida independiente de la de sus familias rigiendo con plena capacidad su destino. Por esta razón, presume que estos jóvenes que iniciaron un proyecto migratorio propio tienen, en realidad, una vida independiente consentida por sus padres y familiares, motivo por el cual han de presumirse emancipados (artículo 319 del Código Civil) y ser tratados no como menores, sino como personas con capacidad para regir sus bienes y persona, es decir, como adultos (artículo 323 del Código Civil)¹².

Es necesario precisar desde este momento, por un lado, que esta emancipación sólo puede aplicarse a los mayores de 16 años, por lo que, en todo caso, para los menores de esta edad, seguiría siendo válida la hipótesis del desamparo. Este límite de edad en la aplicación de las medidas de expulsión, a la postre, plantearía más problemas a la ya compleja función de determinación de la minoría de edad de los extranjeros cuando estén indocumentados¹³. Por otro lado, la capacidad de regir los bienes y personas que asimila al mayor de 16 años con un adulto, sería una presunción *iuris tantum*, cabría prueba en contra que demostrara la situación de desamparo que sufre el joven extranjero, aunque ha de ser “palmaria” (*sic*) para poder ser acreditada.

(11) Instrucción 3/2003 p. 2. A lo largo del todo el texto encontramos, además, expresiones con profunda carga negativa tales como “avalancha de menores” o “desbordamiento del sistema”.

(12) Artículo 319 del Cc “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos” y 323 del Cc “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (...)”.

(13) A los amplios márgenes de error que presentan las pruebas que normalmente se practican para conocer la edad de los jóvenes indocumentados, cuando existen dudas sobre su minoría de edad, habría que añadir la dificultad para saber si un joven tiene los años, no ya para ser menor, sino para, siéndolo, ser considerado emancipado. Por no entrar ahora en los problemas de legalidad y seguridad jurídica que presenta el procedimiento para determinar la edad de los extranjeros previsto en el artículo 35.1 de la LE. Al respecto, vid. A. RUIZ LEGAZPI: *La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados* (pendiente de publicación), noviembre, 2003.

Las críticas que merece esta interpretación se refieren al concepto de situación de desamparo y de emancipación.

La clave para descifrar la nueva Instrucción está en la negación del desamparo. No sólo porque inexistente éste no existiría la obligación tutelar de la administración, sino también, y esto es lo curioso, porque es la única fórmula que tiene la Fiscalía para salvar un obstáculo nada desdeñable en la justificación de las expulsiones de menores: la postura que había defendido en la Instrucción 2/2001, en relación con la interpretación del artículo 35 de la Ley 4/2000 y en Circular 3/2001, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería. En la primera reconoce que la finalidad de las previsiones del artículo 35 es “evitar que se pudiera incoar un expediente sancionador y, en especial, los que pudieran acarrear la expulsión contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, se le pueda proporcionar las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor, sea español o extranjero”. En la segunda afirma que “aunque el actual RE no lo afirme expresamente con la rotundidad que lo hacía el artículo 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión”. La única vía abierta para justificar el retorno de los menores extranjeros, sin entrar en abierta contradicción es, entonces, reinterpretar el concepto legal de desamparo, aunque para ello haya que hacer encaje de bolillos y defender una lectura incompatible con la que proclaman la Convención de Derechos del Niño y la Ley de Protección Jurídica del Menor¹⁴.

La situación de desamparo se define, como dijimos, en el artículo 172.1 del Cc. En la definición legal se distinguen dos elementos, uno de carácter objetivo y otro subjetivo, que han de concurrir para que técnicamente se produzca el desamparo. El elemento objetivo se concreta en un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, especialmente grave cuando nos encontramos ante menores no acompañados, pues lo que sucede es que hay una ausencia total de personas aptas para cumplir con este deber. El elemento subjetivo se concreta, por su parte, en una falta de asistencia moral o material que sufre el menor, como consecuencia del incumplimiento de dichos deberes. La postura de la Fiscalía es más problemática en torno a este segundo elemento pues, aun reconociendo que es habitual que se incumplan los deberes básicos de protección con estos menores no acompañados, niega que estén desasistidos moral o materialmente.

La razón que ofrece es que estos jóvenes de más de 16 años, al presumirse emancipados, son tratados como adultos y se entiende que ellos mismos se procuran los recursos necesarios. La cuestión que cabe plantearse es si no está falto de esta asistencia un joven de 16 años, para quien sus únicas referencias son los grupos de jóvenes de su misma edad con los que se encuentra en las plazas de nuestras ciudades, que vive en la marginalidad y cuya asistencia material es la procurada por ciertas instituciones protectoras que llevan a cabo actividades de día o la que se procura

(14) F. PANTOJA GARCÍA: “Menores inmigrantes”, *El País*, 13 de noviembre de 2003.

Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros

III

ra él mismo realizando pequeños trabajos (de forma ilegal pues no puede trabajar en España y a merced de redes de explotación) o, incluso, cayendo en la delincuencia de baja intensidad.

Hay fundadas sospechas de que la Fiscalía pretende introducir con estos planteamientos un doble rasero con los que examinar las situaciones de desamparo, uno para nuestros jóvenes y otros para los que proceden de la inmigración. Sin embargo, esta postura es inconstitucional, pues constituye una discriminación por razón de la nacionalidad prohibida en materia de protección de menores, de acuerdo con el artículo 39.4 de la CE y el artículo 2.1 y 2o de la CDN.

Por medio del mandato de protección a la infancia del artículo 39.4 de la CE, al reconocer que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” se ha constitucionalizado el contenido de los tratados internacionales en materia de menores. A través de esta técnica de remisión se ha elevado a rango constitucional las normas internacionales suscritas por España en materia de menores, de entre las que destaca, la Convención de Derechos del Niño¹⁵. En este sentido, las normas de interpretación contenidas en este Tratado son pautas constitucionales que vinculan a todos los poderes públicos en su actuación en materia de menores, y con su vulneración se incurre en una inconstitucionalidad, aunque sea de forma indirecta.

En cuanto al otro concepto clave, la emancipación, hay que recordar que esta institución no fue creada para dar solución a un fenómeno como la inmigración infantil. Por eso, su aplicación al caso resulta, igual que ocurría con la tutela administrativa, un tanto forzada. El artículo 319 del Cc reputa como emancipado al hijo mayor de 16 años que vive de forma independiente, aunque exige el consentimiento de sus padres, que pueden revocar en cualquier momento. En nuestro caso, la ausencia de padres o representantes legales que puedan prestar un consentimiento válido o la falta de prueba sobre la aceptación de la migración del hijo son serios problemas para que se aplique con garantías esta presunción.

Pero sobre todo hay que considerar los criterios de interpretación teleológica que la Fiscalía ha utilizado al hacer extensivo el ámbito de aplicación de este precepto a los jóvenes inmigrantes. La finalidad es, sin duda, posibilitar el retorno del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible cuando sea interceptada su entrada clandestina¹⁶. Este fin permite cuestionar la constitucionalidad de la asimilación del joven inmigrante con la del emancipado español, pues se aparta del interés supremo del menor que es el criterio de interpretación constitucionalmente exigido, por vía de la Convención de Derechos del Niño, en materia de menores.

(15) E. AJA y D. MOYA: op. cit., p. 22. Respecto al papel del artículo 39.4 y los menores extranjeros con un alcance algo más limitado, vid. C. ELÍAS MÉNDEZ: *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Valencia, 2002, pp. 88 y ss.

(16) Instrucción 3/2003, Conclusión 3ª. En ese punto de debe hacer una aclaración porque la Instrucción se refiere al retorno en el título y en las conclusiones mientras que, sin embargo, a lo largo de la Instrucción asimila las figuras del retorno y la devolución. En este sentido, el propio contenido de la Instrucción conduce a pensar que no sólo se pretenden justificar dichas medidas de alejamiento, aplicables a los extranjeros cuando pretenden entrar ilegalmente en España o son rechazados en la frontera, sino también a la expulsión, aplicable cuando la irregularidad que se sanciona es cometida por el extranjero cuando ya se halla en España.

Respetando esta pauta, una de las primeras disposiciones de esta Convención que, como sabemos, se encuentra indirectamente constitucionalizada, ordena que se atienda primordialmente al interés superior del menor en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las autoridades administrativas e instituciones públicas (artículo 3.1 de la CDN, en el mismo sentido artículo 2 de la LPJM). Desde luego, la inclusión de los menores inmigrantes en el ámbito de la emancipación no obedece *a priori* al interés del menor, cuando se deduce de esta decisión la posibilidad de su expulsión, más que la de prepararle para una vida independiente en sociedad.

Como no podía ser de otro modo, esta postura del Ministerio Fiscal fue duramente criticada por importantes sectores de la vida jurídica y social. Tan es así que incluso el Defensor del Pueblo envió un escrito al Fiscal General del Estado contra la Instrucción de la que hablamos. Recientemente, el Fiscal General del Estado, ha contestado al Defensor del Pueblo mediante una carta en la que reafirma sus argumentos a favor de la repatriación de los menores inmigrantes emancipados que entren en España de modo irregular y que no se encuentren en situación de desamparo. Sin embargo, se muestra dispuesto a dejar sin efecto total o parcialmente la citada Instrucción, si el interés del menor lo aconsejara en el futuro inmediato. En este sentido, ha anunciado la aprobación en los próximos meses de una Circular más amplia sobre inmigración, destacando que la Instrucción a la que nos venimos refiriendo será provisional¹⁷. Habrá que esperar entonces a este momento para poder analizar los cambios que se produzcan, si es que se producen, en la nueva doctrina de la Fiscalía en esta materia¹⁸.

Mientras tanto, se debe avisar de los riesgos que entraña la postura del Fiscal General del Estado pues su Instrucción vincula al resto de los fiscales en su actuación en casos de menores inmigrantes, toda vez que, para mayor gravedad, el Ministerio Fiscal es el único órgano que puede asumir la representación legal de estos menores y desempeñar una adecuada función tuitiva de sus intereses frente a todos, en especial frente a la administración (artículo 124.1 de la CE y artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

IV. LA NUEVA POLÍTICA DE REPATRIACIÓN DE MENORES INMIGRANTES MARROQUÍES

Poco tiempo después de que se conociera la Instrucción que el Fiscal General del Estado había elaborado en materia de menores inmigrantes el Ministerio del Interior anunció un nuevo procedimiento para repatriar menores. Con esta finalidad, el 23 de diciembre de 2003, se procedió a la firma del *Memorándum* de entendimiento entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre repatriación de menores no acompañados. En principio uno y otro son diferentes, pues en

(17) *Diario de Noticias La Ley*, 24 de diciembre de 2003.

(18) Que parece seguir la tónica de otros países, como Francia e Italia, donde han existido intentos de flexibilizar el régimen de los menores de más de 16 años con la intención de posibilitar su expulsión o retorno. El Gobierno italiano presentó un proyecto de ley, Dd-l de 20 de marzo de 1997, n.º 60, finalmente rechazado por el Parlamento, en el que se establecía que los extranjeros podían ser expulsados del territorio siempre que fueran mayores de 16 años. De la misma manera, la prensa francesa se hizo eco de un proyecto de reforma legal mediante el que se pretendía introducir una diferenciación en la capacidad jurídica de las personas a los dieciséis años para poder expulsar legalmente a los extranjeros que superaran esta edad. Vid. *Le Monde*, 8 de julio de 2000, "Le gouvernement prépare un projet de loi limitant la protection des mineurs étrangers".

el primer caso se trata de defender simples medidas de alejamiento contra mayores de 16 años y en el segundo de regular el procedimiento para llevar a cabo la repatriación asistida de los menores no acompañados para reagruparlos con su familia cuando sean marroquíes, dentro del marco específico de menores extranjeros que prescribe el artículo 35 de la Ley de Extranjería¹⁹.

De este precepto se critica que, al regular el régimen de los menores extranjeros, establezca una prioridad absoluta a favor de su repatriación identificando la reagrupación familiar con su superior interés, en la medida que éste ha de ser apreciado en el caso concreto según las circunstancias que se presenten²⁰. A esta lógica responde la nueva iniciativa del Ministerio del Interior que, aun teniendo en cuenta en la parte introductoria el principio del interés del menor y la necesidad de examinar cada caso concreto, así como los mandatos de la Convención de los Derechos del Niño, prima el objetivo de la repatriación por encima de todo.

Por una parte, cuando el menor no acompañado sea localizado en el momento de su entrada por un puesto fronterizo, las autoridades españolas deben entregarlo de manera inmediata a las autoridades fronterizas marroquíes²¹. El modo inmediato de actuación impide que pueda apreciarse de forma adecuada lo que interesa al menor para actuar en consecuencia. Si es así, en este caso, la repatriación se torna en realidad retorno o devolución. También es difícil que se pueda verificar que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, como exige el mismo artículo 62 del RE. En el caso de la inmigración infantil habría que evaluar las posibilidades reales y efectivas de reinserción en su sociedad de origen y ponderar el peligro que supone para la vida de estos jóvenes que intenten entrar de nuevo en España, lo que sucede con mucha frecuencia.

Además, aunque la Ley exige que la repatriación sea para la reagrupación con su familia o, como contempla el Reglamento, para que los servicios de protección de menores cumplan las funciones que les son propias, en el Acuerdo se prevé la entrega a las autoridades fronterizas y no a las tutelares²². Ésta es una de las críticas más merecidas, pues la autoridad fronteriza no puede ser confundida con una autoridad competente en materia de menores. Es decir, a contrario de la interpretación que se defiende desde el Ministerio del Interior, las autoridades policiales de frontera marroquíes no pueden ser las autoridades de tutela encargadas de localizar a las familias o, en su caso, hacerse cargo de la acogida de estos menores²³, entre otras cosas, porque las

(19) En Italia existe la misma figura de repatriación asistida (artículo 33 del Testo unico, en su redacción dada por el Decreto legislativo n.º 113, de 13 de abril de 1999), aunque el procedimiento de adopción de la medida es diferente al que se sigue en España. Al respecto, vid. A. SOLANES: *El espejo italiano: un estudio sobre la normativa de inmigración en Italia*, Madrid, 2001, pp. 133 a 136.

(20) La identificación *a priori* y de forma genérica del interés del menor con su repatriación puede quebrar el principio constitucional e internacional del interés supremo del menor, pues, siendo real en unos casos puede no serlo en otros, vid. D. MOYA: "La intervención sobre los menores inmigrantes desamparados en Cataluña. Reflexiones desde la Constitución", *Revista Migraciones*, n.º 12, 2002, p. 130. Y C. MOLINA NAVARRETE: op. cit., p. 538 y C. ELÍAS MÉNDEZ: op. cit., p. 260, entre otros.

(21) *Memorandum*, Acción 3 del Acuerdo.

(22) *Ídem*, Acción 2 del Acuerdo.

(23) Declaraciones del Ministerio del Interior en rueda de prensa el día 23 de diciembre de 2003.

autoridades españolas deben conocer el destino definitivo del menor en su país de origen, antes de decidir sobre su repatriación o permanencia en España, tal como se desprende del mismo artículo 35 de la Ley, de acuerdo con lo que sea más favorable para el interés del joven. Si la entrega se produce a la autoridad de frontera para que éste localice a la familia, las autoridades españolas estarían decidiendo sobre la repatriación, desconociendo las condiciones de vida del menor y sin poder saber, por tanto, si la decisión de repatriación es la que más conviene a sus intereses.

Tampoco podemos volver la vista hacia otro lado e ignorar la realidad social del país al que van a ser repatriados los menores. En este sentido, se advierte que Marruecos carece de medios de protección efectiva de menores desamparados, pues no cuenta con un servicio público asistencial más allá del ámbito sancionador penal²⁴.

Los firmantes del Acuerdo son plenamente conscientes de estos problemas, como lo demuestra la última de las acciones adoptadas, mediante la cual se prevé la creación de un comité *ad hoc*, constituido por los representantes de todos los departamentos competentes, que será el encargado de establecer y evaluar las condiciones de acogida y reinserción de los menores, basados en proyectos de acompañamiento cofinanciados. Ésta puede ser la pieza clave en todo el procedimiento de repatriación de los menores marroquíes, ya que un adecuado funcionamiento de la misma, con una buena dotación de fondos para llevar a cabo los programas de asistencia, garantizaría mejores condiciones para asegurar los intereses de los menores.

Tal como hemos podido deducir, no existen por ahora suficientes garantías en la nueva política de repatriación asistida que permitan asegurar el interés del menor. Además de que la decisión suele ser inmediata, en realidad no se pretende la reagrupación familiar, en la medida que la entrega del menor se realiza a la autoridad de frontera y no a la familia (que puede no haber sido localizada todavía) ni, mucho menos, a los servicios de protección de menores, porque no existen. Circunstancias todas ellas que nos llevan a afirmar que bajo el pretexto de la repatriación y reagrupación familiar se esconden expulsiones encubiertas y prohibidas en nuestro ordenamiento.

Por esta razón, las previsiones que contiene este memorando, o en su caso, las aplicaciones que de él se hagan, vulneran la Convención de Derechos del Niño (e indirectamente la Constitución), que exige que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las autoridades administrativas, se atienda primordialmente al interés superior del niño.

En esta ocasión, a la gravedad de los hechos hay que sumarle que afecte a más personas y más vulnerables, pues ahora se incluyen todos los menores de 18 años y no sólo los mayores de 16.

(24) V. QUIROGA: "Atenció als menors immigrants: col·laboració Catalunya-Marroc", *Finestra Oberta*, n.º 26, marzo, 2002. También, Declaración de la Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España que se pueden consultar en <http://www.atime.es/actualidad3.html>.

Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros

III

Por último, las garantías de las que dispone el menor frente a una decisión de repatriación adoptada según este procedimiento son más bien limitadas en la práctica, más aún con los criterios de actuación que se imponen a los fiscales desde la Instrucción 3/2003, cuando serían los únicos con capacidad material para actuar un recurso administrativo o contencioso-administrativo²⁵ contra la decisión de repatriación en defensa del menor extranjero.

(25) Artículos 114, 116 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de acuerdo con el artículo 21.1 de la LE y disposición adicional 2ª del RE.

PRIMERA PROMOCIÓN DE EXPERTOS JURÍDICOS SOBRE MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA: ¡¡¡ENHORABUENA!!!

El 14 de noviembre de 2003 se entregaban en Madrid, en la sede del Consejo General de la Abogacía Española, los TÍTULOS DE POSTGRADO DE EXPERTOS JURÍDICOS SOBRE MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA a los alumnos de la PRIMERA PROMOCIÓN.

El acto, de gran solemnidad, contó con la presencia del Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, del Rector de la Universidad Europea de Madrid, del Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, del Director General de la Fundación Telefónica y del Director General de Economía del Gobierno de Aragón.

Poco después, la Profesora Carmen AINAGA VARGAS, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruz (México), inauguraba la Segunda Edición del Título, impartiendo la Lección “Pueblos indígenas e inmigración”.

La Primera Edición del Título ha contado con profesores de quince universidades y otros tantos colegios de abogados, con tutorías e-mail, foros de debate, chats y tres sesiones presenciales en Madrid y Zaragoza. Su seguimiento e-learning se ha realizado en el portal CampusRed de Fundación Telefónica.

En las CALIFICACIONES FINALES destacan el APTO CUM LAUDE obtenido por Pilar ANDRÉS JUSTE y Gloria SÁNCHEZ CASTRILLO. Sus trabajos (titulados, respectivamente, “La inmigración y los derechos sociales” y “Las remesas enviadas por los inmigrantes: El negocio de la inmigración”) serán publicados en los próximos números de esta REDMEX.

El análisis de la Primera Edición permite a los Directores del Título realizar una valoración muy positiva. Su objetivo general: consolidar las estructuras de capacitación y especialización profesional de los servicios de Extranjería ha sido cumplido de forma satisfactoria como demuestran, entre otros, los siguientes hechos:

1º El Título da respuesta a la cada vez más urgente necesidad de especialización y capacitación permanentes de las personas implicadas en los diversos escenarios: Jurídico (jueces, fiscales, abogados, sobre todo), administrativo y asistencial.

2º La evaluación del Curso realizada por los alumnos, cuyos datos constan en la UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID, resulta MUY POSITIVA, por el gran contenido del Título, la rapidez en la contestación de tutorías, la satisfacción de los alumnos, el esfuerzo desarrollado por Profesores, Coordinadores y Directores, etc.

3º La matriculación para la Segunda Edición no solamente es muy numerosa para un Título de Postgrado sino que reúne asimismo un alto nivel académico y profesional (participan, por ejemplo, varios Doctores).

Los Directores del Título, apoyados en todo momento por sólidos equipos de personas procedentes del mundo académico y profesional, también aportan una VALORACIÓN FINAL MUY POSITIVA.

El trabajo desarrollado ha sido inmenso; las horas dedicadas para la ejecución del Curso en esta Primera Edición resultan incontables. La revisión del contenido de todos y cada uno de los temas para la Segunda Edición demuestra que el esfuerzo continúa.

El Título E-Learning de Experto Jurídico no es un esfuerzo aislado en el tiempo ni en el espacio:

– No es un esfuerzo aislado en el tiempo porque nace de una experiencia profesional y académica de más de una década en materia de Extranjería e Inmigración. Una experiencia contrastable a través de datos como participación en seminarios y mesas redondas, impartición de conferencias y publicación de monografías y estudios.

– No es un esfuerzo aislado en el espacio por tres razones básicas:

- Las personas que aseguran este Título mantienen asimismo desde hace años la Web de Extranjería del ReICAZ, conocida en todo el mundo y auténtica referencia en la materia.
- Las mismas personas publican en LEX NOVA la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (REDMEX), primera Revista científica publicada en España sobre la materia.
- La experiencia del Título de Postgrado ha servido para la realización de un Curso Básico E-Learning de *Introducción al Derecho de Extranjería y su Práctica*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, de 60 horas lectivas. Es la primera vez que se realiza un curso de este tipo, la experiencia está resultando muy interesante y con una muy buena acogida entre los alumnos.

Por último tenemos que anunciar la creación del Ágora de Expertos, un espacio privilegiado del discurso sobre Migraciones y Extranjería, en el que los Expertos Jurídicos que hayan obtenido el correspondiente Título y lo deseen pueden continuar reuniéndose para examinar cuestiones, dialogar, intercambiar puntos de vista y mantener una actualización permanente de sus contenidos.

Nuestra más sincera y cálida ¡¡¡ENHORABUENA A LOS TITULADOS DE LA PRIMERA EDICIÓN!!!. Seguimos trabajando y reflexionando juntos a través del Ágora.

Los Directores del Título.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ La justicia y la corrupción en el Ecuador de hoy.
6 de diciembre de 2003, Barcelona
- ✓ Lectura ética y política de la inmigración.
20 de diciembre de 2003, Toledo.
- ✓ Seminario: Políticas públicas de inmigración: estrategias para la integración.
23 y 24 de enero de 2004, Bilbao.
- ✓ Jornada de lucha europea contra las Leyes de Extranjería.
31 de enero de 2004, Barcelona.
- ✓ Nuevos aspectos de la reforma de la Ley de Extranjería.
4 y 5 de marzo de 2004. Colegio de Abogados de Las Palmas (Canarias).

A CELEBRAR

- ✓ Seminarios permanentes de análisis geopolítico y regional.
Enero-Junio 2004. Escuela Diplomática (Madrid).
- ✓ Encuentro de Abogados del Mediterráneo.
18, 19 y 20 de marzo de 2004. Marsella.
- ✓ Primer encuentro estatal de asociaciones de inmigrantes
25 y 26 de marzo de 2004. Madrid

- ✓ Foro de la nueva Ley de Extranjería y su repercusión social.
30 de marzo de 2004. IMSERSO (Madrid).
- ✓ XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería.
20-22 de mayo de 2004. Colegio de Abogados de Córdoba.

NORMAS PARA COLABORACIONES

REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA publicará, en la medida de lo posible, las colaboraciones que se le envíen.

Los estudios deben tener alrededor de 30 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos. El autor adjuntará un resumen, en castellano e inglés o francés, de un máximo de 15 líneas. Y también el soporte informático. Las notas y colaboraciones abarcarán un máximo de 15 páginas.

La Dirección de la Revista decidirá acerca de la inclusión en la revista de cada artículo o reseña, que se enviarán a la dirección: revista@extranjeria.info.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También daremos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado *Convocatorias desde las dos orillas*.

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el n.º de otoño el 1 de octubre, el de primavera el 1 de febrero y el n.º de verano el 1 de junio, respectivamente.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS