

# **El trabajador extranjero en el derecho laboral de la Península Ibérica: aspectos básicos**

*The foreign worker in the labor law of the Iberian Peninsula: basic aspects*

**Dra. Ana I. PÉREZ CAMPOS**  
Universidad Rey Juan Carlos.  
Madrid

**Dra. Maria Regina REDINHA**  
Universidad de Oporto. CIJE

**Resumen:** En este artículo se propone una exposición crítica comparada de la situación jurídica-laboral de los trabajadores extranjeros en España y Portugal, destacando el marco normativo aplicable y su modelo sancionador.

**Abstract:** This paper proposes a comparative critical presentation of the legal and labour situation of foreign workers in Spain and Portugal, highlighting the applicable legal framework and its sanctioning model.

**Palabras clave:** Trabajo de los Inmigrantes; Trabajo de Extranjeros; Trabajo irregular

**Keywords:** Immigrant Work, Foreign Work, irregular work

## **Sumario:**

### **I. Introducción.**

### **II. Trabajador extranjero en España.**

#### *2.1. Contexto.*

#### *2.2. Delimitación conceptual.*

##### *2.2.1. Marco normativo supranacional.*

##### *2.2.2. Marco normativo nacional.*

2.3. *Trabajadores extranjeros en situación regular.*

2.3.1. Asalariado o por cuenta ajena.

2.3.2. Autónomo o por cuenta propia.

2.4. *Trabajadores extranjeros en situación irregular*

**III. Trabajador extranjero en Portugal.**

3.1. *Contexto.*

3.2. *Delimitación conceptual. Determinación de la situación de extranjero.*

3.2.1. Marco normativo internacional.

3.2.2. Marco normativo nacional.

3.3. *Trabajador inmigrante.*

3.3.1. Igualdad de trato.

3.3.2. Contrato de trabajo sujeto a forma escrita con contenido mínimo obligatorio.

3.3.3. Otras particularidades del contrato de trabajo de los extranjeros.

3.3.4. Comunicación de celebración y cesación del contrato de trabajo de la autoridad con poderes de inspección.

3.3.5. El desplazamiento de trabajadores.

3.4. *Trabajo de extranjeros en situación irregular.*

3.4.1. Principales irregularidades en la celebración del contrato.

3.4.2. Principales irregularidades en el curso de la relación laboral.

3.4.3. Principales irregularidades en el momento de cesación del contrato de trabajo.

3.4.4. Otras sanciones.

**IV. Conclusiones.**

**Recibido: octubre 2016.**

**Aceptado: diciembre 2016.**

## I. INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad, los hombres han viajado por el mundo en busca de una vida mejor. La migración se ha convertido en un fenómeno internacional permanente y en uno de los desafíos más visibles de la globalización. Las cuestiones migratorias se han situado en el centro de las agendas políticas, tanto de los Estados nacionales como de numerosas organizaciones internacionales.

En los últimos años, las cuestiones migratorias constituyen un tema de actualidad y debate de las agendas políticas, tanto de los Estados nacionales como de numerosas organizaciones internacionales, convirtiéndose en un fenómeno internacional permanente -de dimensiones y escala sin precedentes- y en uno de los desafíos más visibles de la globalización. La Unión Europea (UE) no queda al margen de esta realidad y, desde hace algunos años, la migración y los fenómenos asociados a ella -como es el de la libre circulación de trabajadores- han encontrado su espacio en la compleja y amplia dinámica del proceso de integración europea.

A lo largo de la historia, Europa ha sido un continente marcado por movimientos migratorios muy acusados<sup>1</sup>. Si se examinan los datos resulta evidente que estos flujos migratorios tienen un carácter ambivalente: se vienen considerando al mismo tiempo como un problema social y como una solución a las tendencias demográficas de la UE<sup>2</sup>. Esta situación tiene especial incidencia en lo que refiere a la inmigración, en la medida en que supone para Europa tanto una oportunidad como un desafío.

La movilidad de los ciudadanos, que adopta la forma de derecho a la libre circulación, consagrada en el Derecho originario de la Comunidad Europea constituye uno de los grandes objetivos de la Estrategia de Lisboa y una de las recomendaciones de las directrices integradas para el crecimiento y el

---

<sup>1</sup> CASADO LÓPEZ, M<sup>a</sup> L., *Inmigración y políticas de regularización en la Unión Europea, Inmigración y Derechos de ciudadanía*, Colección Monografías, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona 2006, p. 29.

<sup>2</sup> ARGEREY VILAR, P., “La política de inmigración en la Unión Europea”, *Documento de Trabajo* 4, (2001), Universidad San Pablo CEU, Madrid, octubre de 2001, p. 4.

empleo que se han puesto en marcha en España y Portugal. En este ámbito dinámico, cuya evolución se ve impulsada por la política del mercado de trabajo, la estructura familiar y el proceso de integración europea, la libre circulación no solo contribuye a la consecución del mercado único, sino que tiene además una dimensión social importante, ya que favorece la inclusión social, económica y cultural de los trabajadores migrantes de la UE en los Estados miembros de acogida<sup>3</sup>.

No obstante lo anterior, la actual situación de crisis económica mundial ha propiciado que la movilidad de personas y trabajadores adquiera un marcado carácter normativo, en la medida en que sus técnicas y principios han sido revisados por su afectación en el mercado de trabajo.

A pesar de que los inmigrantes son necesarios para cubrir las lagunas de mano de obra tanto en España como en Portugal, donde la población autóctona envejece y la tasa de natalidad disminuye, la fuerte crisis que atraviesa la península ibérica hace necesario el poner freno a la inmigración irregular y cooperar con otros países para organizar la repatriación voluntaria de inmigrantes. Y ello a pesar de que toda la política de inmigración se basa, desde hace varios años, en conseguir un justo equilibrio entre permitir el acceso legal a su territorio de ciudadanos de terceros Estados, y reforzar las medidas de lucha contra la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza.

En este trabajo se realizará una reflexión de conjunto sobre los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en la península ibérica, realizando un análisis comparado en la protección de este colectivo de trabajadores en España y Portugal, centrado en los aspectos básicos del heterogéneo marco normativo aplicable y de su modelo sancionador.

A este respecto, conviene precisar que el alcance de los citados derechos laborales del trabajador extranjero difiere en función de qué tipo de extranjero sea, es decir, comunitario, residente legal, en situación irregular, etc. Todo ello, sin obviar el hecho de que para acceder al derecho al trabajo es necesaria una autorización administrativa que varía dependiendo del tipo de residencia o estancia que tenga el extranjero.

---

<sup>3</sup> Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes de 13 de julio de 2010. COM (2010) 373, final; OLESTI RAYO, A., "El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea", *REAF*, 15 (abril 2012) 44-84.

## II. TRABAJADOR EXTRANJERO EN ESPAÑA

### 2.1. Contexto

La migración en España es un fenómeno de gran importancia a nivel económico y demográfico. Según los últimos datos obtenidos para 2016 la población residente extranjera supera los 4 millones de habitantes<sup>4</sup>. Por nacionalidades, las más presentes son la marroquí (que ha experimentado un retroceso en los últimos años debido a la concesión de nacionalidad española a decenas de miles de ciudadanos marroquíes), la rumana, la británica, la italiana y la ecuatoriana<sup>5</sup>.

Al margen de estas cifras conviene precisar que, en la última década, el origen de los inmigrantes se ha diversificado, como consecuencia de la crisis económica. El descenso sin precedentes del PIB ha dado lugar a la tasa de desempleo más elevada de la UE. Por su parte, el incremento continuo de los residentes en España y su elevado desempleo ha afectado a la capacidad de España para absorber nuevas llegadas de trabajadores; circunstancia que ha propiciado, entre otros factores, el establecimiento de políticas de retorno y la emigración de españoles. Así pues, la migración de retorno, aunque ha estado presente desde siempre en las políticas migratorias, en la actualidad, está suscitando una especial atención de las instancias comunitarias, acentuada, sin duda, por la incidencia de la fuerte recesión económica que atraviesa la UE y por el aumento de trabajadores en situación irregular<sup>6</sup>.

### 2.2. Delimitación conceptual

No existe una definición clara y unívoca del trabajador extranjero. A pesar de ello pueden encontrarse referencias conceptuales en normas tanto nivel internacional, comunitario y nacional.

---

<sup>4</sup> INE. Cifras de población a enero de 2016. Estadística migraciones.

<sup>5</sup> El descenso poblacional durante 2015 fue fruto de un saldo vegetativo (nacimientos menos defunciones) negativo de 2.753 personas y de un saldo migratorio también negativo de 8.389 personas (se registraron 343.614 inmigraciones procedentes del extranjero y 352.003 emigraciones con destino al extranjero) El saldo migratorio de los españoles con el exterior durante 2015 fue de -46.707. La inmigración de españoles desde el extranjero aumentó un 27,5% respecto al año 2014, mientras que la población española que emigró a otros países se incrementó un 23,0%. INE. Nota de prensa de 30 de junio de 2016. Estadística de Migraciones 2015. Adquisiciones de Nacionalidad Española de Residentes 2015.

<sup>6</sup> AA. VV., *La política migratoria en materia de retorno de extranjero extracomunitarios* (Dir.P Charro Baena), Laborum, Murcia 2013.

### 2.2.1. Marco normativo supranacional

Desde la vertiente internacional, los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo han definido al trabajador extranjero como “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta”, descartando así toda forma de autoempleo que, debemos recordar, afecta a importantes colectivos de inmigrantes en nuestro país, como los chinos, pakistaníes y, asiáticos en general, que encuentran en el gremio de la hostelería y del comercio su ocupación profesional principal.

Por su parte, en el derecho comunitario, la regulación europea ha supuesto la clara diferenciación, a nivel no sólo conceptual sino de derechos reales y tangibles, de la condición de ciudadano comunitario o de aquellos extranjeros extracomunitarios, de tal manera que la distinta normativa aplicable a los nacionales de terceros Estados, frente a los ciudadanos de la Unión, se perfila como un factor fundamental a la hora de proporcionar una definición de extranjero<sup>7</sup>.

Una de las cuatro libertades de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión es la libre circulación de los trabajadores, que incluye el derecho de desplazamiento y residencia del trabajador, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia y el derecho a trabajar en otro Estado miembro y a recibir el mismo trato que los nacionales de ese Estado.

El conjunto normativo que regula el derecho de libre circulación se circunscribe al art. 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE); Artículos 4, apartado 2, letra a), 20, 26 y 45 a 47 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por su parte, a nivel de derecho derivado, destaca la Directiva 2004/38/CE 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; Reglamento (UE) n.º 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; Reglamento (CE) no 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y su Reglamento de aplicación (CE) n.º 987/2009.

### 2.2.2. Marco normativo nacional

La residencia en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico

---

<sup>7</sup> BALLESTER PASTOR, M. A., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 16; GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Sevilla 2006, p. 17.

Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y de la Confederación Suiza, así como la de sus familiares y familiares de españoles que sean nacionales de terceros países, se regula por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En lo que refiere al alcance de los derechos de los extranjeros no comunitarios en España, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante Lex)<sup>8</sup>, delimita quién es un extranjero al que se le van a reconocer una serie de derechos, entre otros, laborales y de Seguridad Social.

El ordenamiento español define al extranjero de forma negativa, en la medida en que se refiere a “todo aquel que no tienen la nacionalidad española” (art. 1 Lex). Ahora bien, al margen de esta noción básica, las situaciones de los extranjeros en España son diversas y podrían circunscribirse a dos grupos que diferenciaría entre trabajadores en situación legal con un trabajo por cuenta ajena o propia y aquellos otros que se encuentran en situación irregular y que carecen de autorización para trabajar.

La noción de inmigrante es una noción descriptiva de un fenómeno socio-económico que en nuestro contexto alude a la venida a España de personas de otros países en busca de mejores condiciones de vida y trabajo<sup>9</sup>. No obstante, desde la vertiente jurídico-laboral también se ha dicho que el inmigrante es un extranjero que busca trabajo en un país que no es el suyo<sup>10</sup>.

En consecuencia, se articulan diferentes respuestas normativas en la regulación de las relaciones laborales. Pero si el fenómeno de la inmigración, aun siendo su base fundamentalmente económica, es sumamente complejo, esta misma variedad de contextos nos lleva también a una multiplicidad de situaciones

---

<sup>8</sup> Modificada por las LO 8/2000, 14/2003 y 2/2009. Es la norma española que regula la entrada y estancia de los extranjeros extracomunitarios en el territorio español, así como los derechos y libertades que se les reconocen. Su actual Reglamento de desarrollo fue aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Con fecha de 30 de junio de 2011 será sustituido por el nuevo Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE de 30 de abril).

<sup>9</sup> Sobre la distinción entre extranjero e inmigrante, véase, CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros en España*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp.21-23

<sup>10</sup> GALIANA MORENO, J., “Inmigración y trabajo de los extranjeros: una presentación general”. *AA:VV Inmigración y trabajo de los extranjeros* (Coord. J. García Murcia). Ed. Consejería de industria y empleo del Principado de Asturias, 2005, p. 23.

distintas. Inevitablemente, el marco legal que responda a esta diversidad ha de ser, por consiguiente, igualmente complejo<sup>11</sup>.

### 2.3. *Trabajadores extranjeros en situación regular*

Las situaciones en las que puede encontrarse el trabajador extranjero son diversas, desde la persona que es autorizada a residir y trabajar en nuestro país de forma asalariada o como autónomo, hasta el potencial trabajador que desembarca en nuestro país sin ningún tipo de documentación.

Desde esta perspectiva, podría abordarse el análisis de los derechos de los trabajadores desde el punto de vista del trabajador en situación regular y en situación irregular<sup>12</sup>.

El ordenamiento español trata de realizar una equiparación generalizada de los derechos de los nacionales, es decir, como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley, en condiciones de igualdad con los españoles (art. 3 de la Lex).

En lo que refiere al ámbito laboral, en los arts. 10 a 14 se especifica el alcance de los derechos laborales y de Seguridad Social de los extranjeros residentes en España, señalando que tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente (art. 10 Lex).

Ahora bien, la citada equiparación de derechos no es absoluta y diferenciada según se refiera a los extranjeros en situación regular y el de los extranjeros carentes de autorización para estar en nuestro país. Mientras que para los primeros se acerca al del ciudadano, para los segundos no representa más que la garantía del estándar mínimo y el respeto de las obligaciones de nuestro país a nivel internacional<sup>13</sup>.

En el ámbito del derecho laboral el art. 10 establece que *“los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad*

---

<sup>11</sup> GARCIA CALABRÉS- COBO., F., *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*. Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, p.24.

<sup>12</sup> GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., ob cit.,, p. 20.

<sup>13</sup> TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de los trabajadores extranjeros. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 63 (2006) 206.

*remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.*

La actividad que realiza el trabajador extranjero permite diferenciar entre actividad realizada por cuenta ajena o por cuenta propia.

### 2.3.1. *Asalariado o por cuenta ajena*

El art. 10.1 Lex, titulado derecho al trabajo y a la Seguridad Social, dispone 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 y ajena (...)”.*

El significado de la exigencia de reunir los requisitos de la Lex y de las disposiciones que la desarrollen exige acudir al art. 23.2 c) Lex que considera discriminatorio cualquier acto que restrinja o limite el acceso al trabajo de los extranjeros en situación regular sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad. De esta suerte encontramos en la ley el derecho a acceder al trabajo sin discriminación y el derecho a desarrollar una actividad laboral con las limitaciones que derivan de la normativa de extranjería.

En una simple enumeración de los derechos de los trabajadores extranjeros se les reconoce el derecho de libertad sindical, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. La libertad sindical se recoge en el art.11.1 Lex; y explicita que *“los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”*; el derecho de huelga (art. 11.2 Lex); a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria (art. 12 Lex). Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes (art. 13 Lex). En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles; a la seguridad social y servicios sociales además de reconocerles el derecho a los servicios y prestaciones sociales, generales, y básicos y específicos, incluida la prestación por desempleo (art. 14 Lex).

También tienen derecho a la reagrupación familiar ampliamente desarrolladas por la legislación española (art. 16 Lex). Termina el catálogo general de derechos de

los extranjeros en España con una serie de garantías judiciales y antidiscriminatorias (arts. 20 y ss Lex).

En definitiva, el extranjero con las condiciones anteriores es titular del derecho al trabajo, con las limitaciones derivadas del sistema de autorización<sup>14</sup>.

La fórmula comúnmente escogida por los trabajadores extranjeros es la modalidad del trabajo por cuenta ajena. En este sentido, el art. 38 de la Ley, condiciona la autorización *de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena*, a la situación nacional de empleo, con el objetivo de no alterar negativamente la mano de obra nacional.

La razón de ser de esta limitación obedece, en principio, a la protección de las posibilidades de encontrar un empleo que tienen los trabajadores nacionales frente a los extranjeros.

La doctrina científica ha señalado que la regulación de la política migratoria española se sustenta sobre la base de una confluencia de intereses: la protección de la mano de obra española, la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los extranjeros; prevaleciendo sobre los demás la protección de la mano de obra sobre el criterio de situación nacional de empleo<sup>15</sup>.

No obstante lo anterior, la aparente equiparación entre extranjeros y nacionales quiebra en lo que se refiere al sistema de acceso al trabajo, en la medida en que -el art 38 Lex- lo condiciona a la situación nacional de empleo, aunque la circunscribe al trabajo asalariado. En otros términos, para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, se tendrá en cuenta que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero.

Se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación:

- Cuando la ocupación a desempeñar por el extranjero esté calificada como de difícil cobertura.
- Cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno a través del certificado emitido por el Servicio de Empleo competente.

---

<sup>14</sup> TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., o.c., p. 213.

<sup>15</sup> CHARRO BAENA, P., “Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO8/2000, de 22 de diciembre”, en *Tribuna Social*, 133 (2002) 51.

El catálogo, al que se alude en el art. 65.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, contiene las ocupaciones en las que los Servicios Públicos de Empleo han encontrado dificultad para gestionar las ofertas de empleo que los empleadores les presentan cuando quieren cubrir puestos de trabajo vacantes. En otros términos, el catálogo contiene aquellas profesiones cuyas ofertas de empleo son más difíciles de gestionar a la hora de cubrir puestos vacantes.

El catálogo se elaborará para cada provincia, islas en el caso de las provincias insulares y para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Tiene carácter trimestral, extendiéndose su vigencia desde el primer hasta el último día laborable del trimestre natural siguiente al de su publicación.

La presencia de una ocupación en el catálogo de la zona geográfica de que se trate, implica, para el empleador, la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida a un trabajador extranjero.

La autorización inicial de residencia será temporal y el trabajo tendrá una duración de un año, limitándose, además, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, a un ámbito geográfico y ocupación determinada.

La eficacia de la autorización quedará suspendida hasta la obtención del visado, la entrada del trabajador en España y su posterior alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social por el empleador que solicitó la autorización. Asimismo, una vez autorizada la primera concesión, las siguientes renovaciones se concederán limitación geográfica o de sector profesional.

Por último, no cabe desconocer que, a pesar de la igualdad de condiciones en el plano jurídico, en el plano fáctico el sistema de autorizaciones para trabajar, que el extranjero tiene que renovar periódicamente y que dependen sustancialmente de su empleo, hará de él, seguramente, un trabajador no siempre dispuesto a ejercer su derecho a la igualdad de condiciones y, por tanto, susceptible de sufrir tratamientos desiguales. Sólo el estatuto de residente permanente le acercará a la situación real de los españoles o los ciudadanos europeos<sup>16</sup>.

Junto a lo anterior, también destacaría el alcance de la libre circulación para los trabajadores extranjeros residentes en España. Sabido es que la libre

---

<sup>16</sup> TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de los trabajadores extranjeros. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 63 (2006) 220.

circulación de trabajadores implica que los ciudadanos europeos tienen derecho a acceder a un empleo sin discriminación alguna en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea.

### 2.3.2. Autónomo o por cuenta propia

Con respecto a los trabajadores extranjeros que quieran iniciar una actividad por cuenta propia, la Lex establece (art. 37) que para la realización de actividades económicas por cuenta propia, habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan.

Resulta llamativa la escasa regulación de este colectivo en la ley que resulta compensada con el desarrollo efectuado por el Reglamento de extranjería -Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante Rlex)- donde se estipula el alcance de los derechos de residencia y trabajo para este colectivo.

Como regla general, el art. 103 de la citada norma reglamentaria establece que se halla en situación de residencia temporal y trabajo por cuenta propia el extranjero mayor de 18 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia.

En esta misma línea interpretativa y de forma paralela y semejante a la regulación establecida para el trabajador extranjero por cuenta ajena se especifica que la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia tendrá una duración de un año y se limitará a un ámbito geográfico autonómico y a un sector de actividad.

La autorización de residencia y trabajo por cuenta propia podrá ser renovada, a su expiración, entre otras circunstancias, cuando se acredite la continuidad en la actividad que dio lugar a la autorización que se renueva, previa comprobación de oficio del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de la autorización, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. El órgano competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan (art. 109 Rlex).

#### 2.4. *Trabajadores extranjeros en situación irregular*

La posibilidad de que un trabajador extranjero preste servicios de forma irregular, esto es, sin estar autorizado para hacerlo o sin permiso de trabajo, para un empresario español es clara y, como demuestra la realidad cotidiana, bastante frecuente. El hecho de que el trabajo sea irregular, no permite negar que realmente el trabajo se haya prestado y ello lleva a plantearse los efectos que puede implicar<sup>17</sup>.

El apartado 5 del art. 36 de la Lex establece que “*la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las 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 derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación*”.

Una vez aceptada la validez del contrato respecto a determinados efectos, aun sin autorización para trabajar, podría plantearse la cuestión relativa a por qué la Ley de extranjería no delimita los contornos de los derechos del trabajador extranjero sin autorización. Y más específicamente, que consecuencias jurídicas se producirían en el ámbito laboral con aquellos trabajadores que sin tener autorización para trabajar deciden ponerse al servicio de una empresa. Como ha señalado la doctrina científica “se trata un problema jurídico que se solapa con un problema humano al que es necesario alcanzar una solución ponderada”<sup>18</sup>.

Quizá la razón de ello obedezca a que se trata de un precepto muy controvertido cuya interpretación ha sido variada tanto por la doctrina como la jurisprudencia donde el legislador ha dejado pasar la oportunidad de modificar su redacción en aras a evitar la dualidad de interpretaciones, unas en defensa de un contrato nulo que no impide que el trabajador disfrute de los derechos laborales correspondientes a un contrato válido<sup>19</sup>. Otro sector

---

<sup>17</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., y FABREGAT MONFORT, G., “La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española”. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 14, (2006). Ejemplar dedicado a: Textos de las Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006, 14 (2006) 3.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La inmigración de personas y trabajadores desde un enfoque jurídico laboral y de seguridad social”, en *Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, 1 (2006) 64.

<sup>19</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M., La eficacia del contrato de trabajo celebrado don un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena en España”, en AA. VV., *Derechos y*

considera que se trata de un supuesto de nulidad relativa, pues de haber querido el legislador eliminar la nulidad del contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo podría haberlo hecho de modo expreso, por lo tanto, se mantendría la nulidad de base del contrato, aunque relativa por no afectar a los derechos de los trabajadores<sup>20</sup>.

En cualquier caso, resulta llamativa la situación de que por una parte el contrato de trabajo celebrado por un extranjero que carece de autorización para trabajar sería válido porque reúne todos los elementos esenciales de un contrato y, en cambio, por otra parte, la autorización se configura como un condicionante de la validez del contrato<sup>21</sup>.

No deja de ser original que una institución como la de la nulidad, o utilizada en el contrato de trabajo reaparezca en primer plano para exonerarle toda responsabilidad a una de las partes en el contrato en detrimento de los derechos de la otra parte<sup>22</sup>. Así pues, al trabajador irregular se refiere expresamente el art. 36.3 LOE que establece que “*la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*”. Es decir, que la propia Ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran exigirse, se manifiesta a favor de que el irregular mantenga los derechos derivados del contrato de trabajo, así como las prestaciones de la seguridad social. Sin duda, y dejando al margen los supuestos de irregulares del trabajador que pudiese detectar la Inspección de Trabajo, lo complejo en estos casos será demostrar que el irregular ha estado trabajando y durante cuánto tiempo<sup>23</sup>.

---

*libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Gobierno de Cantabria, 2003, p. 629.

<sup>20</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Notas sobre la nulidad relativa del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador”, en AA. VV., *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Gobierno de Cantabria, 2003, p. 788; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La inmigración de personas y trabajadores desde un enfoque jurídico laboral y de seguridad social”, en *Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas Elche*, 1 (2006) 67.

<sup>21</sup> CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros...*, o.c., p. 138.

<sup>22</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER, M., “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extraomunitarios”, en AA. VV., *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Gobierno de Cantabria, 2003, p. 102. Acerca de los distintos supuestos, según se considere inexistencia o ilicitud del despido, véase MARÍN MARÍN, J., y GALLEGO MOYA, F., *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, Albacete 2000 pp. 39-49.

<sup>23</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., y FABREGAT MONFORT, G., “La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española”, o.c., p. 8.

Con ello, se confirma que las partes del contrato de trabajo se encuentran en desigualdad de condiciones, pues mientras al trabajador extranjero sin autorización para trabajar se le mantienen sus derechos, al empleador, se le sanciona, sin posibilidad de remediar su situación, de la que, como se ha visto, incluso el propio trabajador ilegal se vale para obtener su propia autorización de trabajo y residencia. Con esta medida se consiguen dos objetivos fundamentales, el primero, la tutela del emigrante irregular en cuanto trabajador, y el segundo, y no menos importante, desplazarlas consecuencias perjudiciales de la situación irregular que debe corresponder al que emplea indebidamente a un trabajador no regularizado. Y es que las exigencias de la política de inmigración no justifican la negación de los derechos de la persona que trabaja, aunque se encuentre en una situación formalmente irregular<sup>24</sup>.

Al margen de lo señalado, esta situación de irregularidad podría zanjarse a través de los mecanismos de regularización de este colectivo, del denominado “arraigo social” pero, para que ello sea posible, debe demostrar un período mínimo de dos años de estancia en España y que ha estado prestando servicios durante un año, como poco. Y esto, ciertamente, podría resultar difícil de probar<sup>25</sup>.

### III. EL TRABAJADOR EXTRANJERO EN PORTUGAL

#### 3.1. Contexto

La migración es parte de la vida global que caracteriza nuestro mundo. Portugal, a semejanza del caso de España, cuenta con cinco siglos de convivencia con este fenómeno. De hecho, a lo largo de su historia, Portugal ha sido más un país de emigración que de destino de la inmigración. Recientemente, sin embargo, a finales del siglo XX, el flujo migratorio ha revertido significativamente, a partir de 2009. De acuerdo con los últimos datos oficiales, en 2015 había menos de 400.000 extranjeros viviendo legalmente en el país. La comunidad extranjera más grande se origina en Brasil, seguido por Cabo Verde, Ucrania, Rumania, China, Angola y el Reino Unido. Ahora bien, a pesar de esta tendencia a la baja de acogida de los inmigrantes, el número de extranjeros de los Estados

---

<sup>24</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER, M., “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, o.c., p. 104; ALFONSO MELLADO, C.L., y FABREGAT MONFORT, G., “La situación jurídica laboral de los extranjeros según la legislación española, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 14 (2006). Ejemplar dedicado a: Textos de las Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La inmigración de personas...”, o. c. p. 67.

<sup>25</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 63 (2006) 175-194.

miembros de la Unión Europea es cada vez mayor, sobre todo de Francia e Italia.

A partir de estos datos se sitúa el fenómeno migratorio, regulado sobre un sistema jurídico portugués basado en la convergencia de la normatividad nacional e internacional, a múltiples niveles.

### 3.2. *Delimitación conceptual. Determinación de la situación de extranjero*

La primera cuestión que habría que abordar para diseñar las condiciones legales y laborales de los trabajadores inmigrantes es, por supuesto, la determinación del ámbito de aplicación personal objeto de análisis, es decir, la determinación de quién puede ser considerado un inmigrante de acuerdo con la legislación laboral portuguesa.

En el Código de Trabajo y en la legislación específica no existe una definición de trabajador inmigrante, ni tampoco, la ley de trabajo, ni la jurisprudencia han adoptado una definición única, por lo que es necesario buscar un concepto operativo en el derecho supranacional.

A nivel internacional el referente es el art. 11 del Convenio 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes, ratificado por Portugal en 1978 que alude a que extranjero es: *“una persona que emigra de un país a otro con el fin de tener un trabajo que no es el suyo.”* Esta normativa contiene una delimitación próxima a la reconocida en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, sin embargo, tiene un alcance más limitado, en la medida en que limita al trabajo subordinado, mientras que el segundo instrumento también abarca la actividad autónoma.

Los elementos estructurales del reconocimiento de la categoría de la mano de obra migrante a partir de la Convención 97 circunscriben la condición del extranjero junto a la libre circulación y el empleo en el país de recepción. Por lo tanto, no cubre la mano de obra migrante, realidades como el trabajo forzoso o trabajo llevado a cabo por los expatriados que regresan a su Estado de nacionalidad. Ni el trabajo forzoso, ni los trabajadores retornados tienen la condición de extranjero. También los trabajadores desplazados extranjeros se deben quedar excluidos, una vez que el impulso para trabajar en el país de acogida no es el resultado de la iniciativa del trabajador, a pesar de su acuerdo y el interés del empleador.

A efectos laborales, se considera trabajador inmigrante a un trabajador extranjero que es libre de establecer una relación de trabajo en un país diferente al suyo de origen.

Siendo la cualidad de extranjero presupuesto de la condición de extranjero, procede abordar su regulación y alcance. En el sistema jurídico portugués la condición de extranjero se obtiene mediante la exclusión de la condición nacional y su configuración discurre por diferentes fuentes reguladoras, nacionales e internacionales.

### 3.2.1. Marco normativo internacional

A partir de los instrumentos universales o generales de protección de los derechos humanos, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos, pasando por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y terminando por la Convención contra la discriminación (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los derechos del niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), el marco legal del trabajador migrante internacional tiene como derecho fundamental, el de igualdad de trato. Se trata de una aspiración que forma parte de nuestra civilización desde hace miles de años, en la medida en que la Biblia ya señalaba *“No hagas agravio extranjero residente; conoce la vida del residente extranjero, porque extranjeros fuisteis en la tierra de Egipto”* (Éxodo 23: 9).

La integración de Portugal en la Unión Europea también supuso la transposición del patrimonio normativo de los tratados y del derecho derivado. Con respecto a los Tratados, debe considerarse con especial atención el tratamiento de la mano de obra migrante, regulado en el art. 3, n. 1 y 2 del Tratado UE y el art. 20, n. 1, del Tratado de Funcionamiento de la UE, que refiere a las bases de una ciudadanía de la Unión y el derecho a la libre circulación en el territorio de los Estados miembros. En el derecho derivado, destacan la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de libre circulación y residencia, y, sobre todo, el Reglamento 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, que no se limita a consagrar la libertad de movimiento como un derecho fundamental de los trabajadores y sus familias, y que asegura su ejercicio en condiciones de igualdad y dignidad.

### 3.2.2 Marco normativo nacional

A nivel nacional, la Constitución de la república, en el art. 15, se refiere a la situación jurídica de los extranjeros, los apátridas y los ciudadanos europeos, asegurándoles, igualdad de derechos y obligaciones que los nacionales de origen. Sin embargo, el citado precepto constitucional refiere en su número 3, a la diversidad legal de ciertos extranjeros porque, prevé la posibilidad de diferenciación positiva en el tratamiento de los nacionales de diferentes países de habla portuguesa sobre una base de reciprocidad y autonomía respecto de los ciudadanos de la Unión, otorgándoles derechos adicionales - el número 5-. A nivel de legislación portuguesa, varias son las fuentes normativas que aluden a la cualidad de extranjero para regular su alcance y contenido.

En primer lugar, sin duda, destaca la Ley de nacionalidad -Ley 37/81, de 3 de octubre - y el Reglamento de la Ley - Decreto-Ley 237-A / 2006 de 14 de diciembre - porque estas normas aluden a los requisitos de concesión, adquisición y pérdida de la nacionalidad portuguesa por origen a través de ascendencia o por vía secundaria, a través de mecanismos de naturalización y de matrimonio, entre otros.

Por otra parte, destaca también en este ámbito la Ley 37/2006, de 9 de agosto, que se refiere a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familias y que tiene su origen en el mecanismo de transposición al Derecho interno de la Directiva 2004/38/CE antes citada. Aquí, cabría destacar, entre otros aspectos, el derecho de residencia de los extranjeros con estatuto especial. Derecho sin condiciones hasta la permanencia máxima de 3 meses - art-6-, y se prolonga por plazo superior, sujeto a que se cumplan los requisitos de trabajo subordinado o prestación de actividades económicas independientes - art- 7, n. 1, a)-.

La entrada, permanencia, salida y expulsión de extranjeros fuera de la Unión Europea se rige por la Ley 23/2007, de 4 de julio, lo que constituye el régimen general de extranjería en oposición a las reglas especiales sobre la libertad de circulación y residencia de ciudadanos de la Unión Europea, siendo de aplicación subsidiaria a este último - el arte. 4, n. 2.

Como resultado del cruce de todas estas fuentes normativas cabe destacar que no todos los no nacionales son considerados extranjeros, en la medida en que los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea están sujetos a un estatuto jurídico particular y porque a través de la extensión de la igualdad de trato, pueden ser considerados como cuasi-nacionales o como un grupo intermedio en la clasificación dicotómica tradicional.

### 3.3. *Trabajador inmigrante*

Una vez delimitada la noción de extranjero, conviene precisar qué es lo que debe entenderse por trabajador inmigrante y cuáles son las repercusiones legales y laborales que contiene esta cualificación.

En la legislación portuguesa no existe una definición de inmigrante a efectos laborales, como hemos visto. En consecuencia, el trabajo de los inmigrantes no tiene reglas de autonomía frente a la mano de obra extranjera, tal como el trabajo de los refugiados. Sin embargo, lo que refleja la situación particular de los nacionales de la UE y otros, de manera residual, que está cerca, el Código del Trabajo considera única, como mano de obra extranjera, el trabajo realizado por los ciudadanos que no son nacionales del Espacio Económico Europeo o Estado el que se establece la igualdad de trato con el ciudadano portugués, con respecto a la libre prestación de la actividad profesional - art. 5, n. 6.

El art. 4 del Código de trabajo portugués proclama el principio de igualdad de trato de los trabajadores extranjeros y apátridas, de acuerdo con el art. 15 de la Constitución de la república, mientras el art. 5 alude a los requisitos formales del contrato de trabajo y del ámbito de aplicación del régimen especial que prescribe. De esta fotografía legal destacan cuatro disposiciones normativas esenciales:

- Igualdad de trato;
- Contrato de trabajo sujeto a forma escrita con un contenido mínimo obligatorio;
- Registro del contrato de trabajo junto a la autoridad del trabajo;
- Aplicación a los trabajadores desplazados de régimen propio.

#### 3.3.1. Igualdad de trato

Este principio, derivado de la afirmación constitucional más amplia del art 15 de la Constitución de la República portuguesa, se proyecta a nivel de derecho laboral como el derecho al establecimiento de una relación de trabajo en condiciones análogas al resto de nacionales. El trabajador extranjero, de cualquier nacionalidad, o apátrida, tiene, a partir de la celebración del contrato de trabajo, la misma posición jurídica del trabajador nacional, con una serie de particularidades establecidas reglamentariamente a nivel de formación del contrato, que permite afirmar que durante la relación laboral no existe diferenciación jurídica.

Este mismo tratamiento no resulta extensivo a toda prestación de trabajo dependiente, en la medida en que el empleo público está reservado a nacionales portugueses -art. 17, n. 1 de la Ley General de trabajo de los funcionarios públicos<sup>26</sup>.

### 3.3.2. Contrato de trabajo sujeto a forma escrita con contenido mínimo obligatorio

El contrato de trabajo de extranjeros o apátrida es un contrato sujeto a forma escrita, es decir, tiene que ser formalizado por escrito, art. 5, n. 1, del Código de Trabajo. Por lo tanto, es una excepción a la mera consensualidad del contrato de trabajo ordinario. Sin embargo, la forma no sólo se cumple mediante la reducción de la escritura, ya que, además de la existencia del documento del contrato, todavía es necesario incluir indicaciones obligatorias previstas en el citado art. 5, n. 1. Por consiguiente, la inobservancia de estos requisitos determinaría la invalidez del contrato, por las menciones obligatorias dicen respecto a los elementos esenciales del contrato, siendo, por tanto, *substantia*, esto es, que su falta es irremediable.

Las menciones relativas a la identificación de las partes, al objeto del contrato, y a la existencia de autorización de residencia o permanencia del trabajador en territorio portugués, constituyen un modo de evitar o reducir el empleo irregular o clandestino de los trabajadores inmigrantes.

La exigencia formal de este contrato se yuxtapone con las formalidades exigidas por la modalidad de contrato de trabajo en cuestión. Por ejemplo, un contrato de duración determinada con trabajador extranjero, tiene que cumplir las exigencias formales impuestas al contrato de trabajo con tal trabajador junto a las generales previstas para la formación de un contrato de duración determinada.

### 3.3.3. Otras particularidades del contrato de trabajo de los extranjeros

Además de las ya señaladas, el trabajador inmigrante tiene otras exigencias formales y procedimentales por la excesiva vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores expatriados y por la potenciación de falta de lazos familiares y sociales. Así pues, en el anexo de todo contrato debe figurar un documento que contenga datos de identificación y domicilio de las personas beneficiarias de las pensiones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional -art. 5.n.2 del Código de trabajo-.

---

<sup>26</sup> Ley 35/2014 de 20 de junio.

A la exigencia de forma escrita con contenido mínimo obligatorio se añade la obligación de elaborar un duplicado de contrato -art. 5-n.3 del Código de trabajo- para refuerzo de la obligación genérica de información que recae sobre el empleador -art. 106 y ss. del código de trabajo- y de garantía del cabal convencimiento de las condiciones de ejecución de la prestación de trabajo del trabajador.

Con la finalidad de controlar la legalidad de permanencia en territorio portugués, también el art- 5 n. 4 impone la obligación de entregar junto con el contrato de trabajo un documento de comprobación de la legalidad de entrada, permanencia y residencia temporal en territorio portugués<sup>27</sup>.

### 3.3.4. Comunicación de celebración y cesación del contrato de trabajo de la autoridad con poderes de inspección. (ACT) -Autoridad para las condiciones de trabajo-

En aras a reforzar la vulnerabilidad de los trabajadores extranjeros frente a condiciones de trabajo infralegales o infraconvencionales y para asegurar la transparencia de la situación jurídico-laboral, el Código de trabajo portugués obliga todavía al empresario a mostrarla junto a la autoridad competente el contrato de trabajo, a efectos de inspección de trabajo a la ACT (art. 5.n 5).

La comunicación debe ser efectuada a través del formulario electrónico y respecto de dos momentos vitales del vínculo laboral, como son, su celebración y su extinción. Para el primero de ellos, el de celebración, la comunicación tiene que ser efectuada antes del inicio de la ejecución del contrato; mientras que para la extinción tiene un plazo de 15 días para su verificación.

La inobservancia de la comunicación no repercute en la validez del contrato, en la medida en que se trata de una obligación de naturaleza probatoria o fiscalizadora. La citada obligación no es extensiva a todos los contratos con trabajadores extranjeros, porque están exentos los contratos con ciudadanos de la Unión Europea y también, los contratos con nacionales de algunos países de lengua portuguesa, entre otros<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Para la tipología de los visados, su alcance y extensión, cfr. artículos 45 y ss. de la Ley 23/2007, de 4 de Julio.

<sup>28</sup> De acuerdo con el anuncio publicado en el Boletín de Trabajo y Empleo, n. 17 de 8 de mayo 1999 son excluidas de esta formalidad, los contratos para los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea o nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega, Turquía, Cabo Verde, Guinea Bissau, Santo Tomé y Príncipe y Brasil, en este último caso, sin embargo, siempre que el trabajador no requiere los derechos de igual rango.

### 3.3.5. El desplazamiento de trabajadores

El desplazamiento de los trabajadores, se establece en los arts. 6 a 8 del Código del Trabajo es un instrumento de trabajo que permite la movilidad laboral. Constituye, por lo tanto, una situación al margen de la nacionalidad del trabajador, que puede referirse tanto a los trabajadores extranjeros como a los nacionales.

Por otro lado, el desplazamiento geográfico es presupuesto de la iniciativa y el interés del empleador, como ocurre con el trabajador migrante. El trabajador desplazado se desplaza por el impulso del empleador en el marco de un contrato de trabajo existente, aunque puede dar su consentimiento a la expatriación, mientras que el trabajador migrante está trabajando con iniciativa propia con el fin de obtener un empleo. Las diferencias entre el desplazamiento y la inmigración justifican asimismo los dos regímenes laborales.

### 3.4. *Trabajo de extranjeros en situación irregular y régimen sancionador*

Por irregularidades que afectan a la celebración del contrato de trabajo de extranjero se entiende cualquier violación de la norma reglamentaria, provenga de fuentes de derecho laboral o no. Pueden diferenciarse tres momentos diferentes para la aplicación de sanciones a este tipo de irregularidades.

#### 3.4.1. Principales irregularidades en la celebración del contrato

Una de las principales irregularidades que afectan a la celebración del contrato de trabajo con extranjeros, refiere a la entrada o permanencia irregular en el país de destino. Situación que obviamente se encuentra a extramuros del derecho laboral y es objeto de un complejo cuadro normativo de sanciones previsto en la Ley 23/2007 de 4 de julio, que puede terminar con la expulsión del territorio portugués.

Al margen de estas sanciones, la entrada ilegal o estancia en Portugal genera la nulidad del contrato de trabajo, por infracción de un requisito de validez del contrato. Sin embargo, de acuerdo con el art. 122 del código de trabajo, no impide que el contrato se considere válido para el período de tiempo que se ha ejecutado.

Las irregularidades formales también pueden conducir a la invalidez del contrato, si son sustantivas, este sería el caso de la inobservancia de forma escrita

o de los requisitos formales que configuran el contenido mínimo obligatorio. La falta de aneji3n al contrato del documento de entrada, permanencia o residencia legal en Portugal constituye una falta grave a semejanza de lo que ocurre con la falta de comunicaci3n de celebraci3n del contrato sin la autorizaci3n de la autoridad para las condiciones de trabajo, en virtud de lo se1alado en el art. 5 n.7 del C3digo de trabajo.

#### 3.4.2. Principales irregularidades en el curso de la relaci3n laboral

Por la acci3n del principio de igualdad de trato durante la relaci3n laboral, las violaciones de marco legal o contractual del trabajo subordinado tienen exactamente los mismos efectos que las que se producen en el contrato de trabajo com3n.

#### 3.4.3. Principales irregularidades en el momento de cesaci3n del contrato de trabajo

Si un empresario no cumple con la obligaci3n de notificaci3n del fin de v3nculo contractual ante la ACT -autoridad para las condiciones de trabajo- en los quince d3as siguiente a su verificaci3n, incurre en incumplimiento grave y, por consiguiente, en el pago de una multa seg3n establece el art.5 n. 7 del c3digo de trabajo.

#### 3.4.4. Otras sanciones

El derecho de los extranjeros prev3 una serie de sanciones de 3ndole penal que pueden yuxtaponerse a las sanciones previstas en el c3digo de trabajo o desencadenar responsabilidades de los sujetos de la relaci3n laboral. En concreto, la Ley 23/2007 de 4 de julio prev3 sanciones administrativas por permanencia ilegal -art. 192-, para el transporte de personas con entrada ilegal en el pa3s -art. 194- ; ejercicio de actividades profesionales no autorizadas -art 198-; utilizaci3n de actividades de profesionales no autorizados -art 198A- y apoyar a los nacionales de terceros pa3ses cuya actividad se utiliz3 ilegalmente. La misma ley tambi3n prev3 delitos como la ayuda a la inmigraci3n ilegal -art.183-; asociaci3n de ayuda a la inmigraci3n ilegal -art. 184-; reclutamiento de mano de obra ilegal -art. 185-; uso de la actividad de extranjero ilegal -art.185A-.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final y básica cabría destacar el propósito común tanto del legislador español como del portugués por el desarrollo de una política de migración eficaz. Desde el punto de vista laboral el trabajo de los extranjeros se caracteriza por el establecimiento de un contrato de trabajo con régimen especial influido por el principio de igualdad de trato.

A pesar de ello, el alcance de los derechos laborales y particularidades de los trabajadores extranjeros en la península ibérica está dotado de una especial complejidad por la dispersión normativa existente, lo que dificulta su sistematización y análisis.

En el caso de España, el incremento de la población extranjera y la falta de consenso político entre los partidos mayoritarios han conducido a las sucesivas modificaciones de la normativa vigente sobre inmigración, extranjería y asilo; cambios legislativos que denotan la falta de eficacia de las medidas instrumentadas especialmente en el tema de la inmigración irregular. No debiera olvidarse que la inserción debiera ser una vía esencial para la integración de los inmigrantes en nuestra sociedad.

En el derecho portugués el trabajo de inmigrantes no tiene autonomía sistemática o normativa, sino que se considera como una categoría genérica del trabajo de extranjeros. La regulación del trabajo de extranjeros, resulta, en cuanto cuerpo normativo, de una pluralidad de fuentes dispersas y de disposiciones de naturaleza heterogénea que dificulta una lectura e interpretación de las mismas.

La irregularidad del trabajo de extranjeros, que tiene punto de incidencia más acusado en la celebración del contrato, está sobre todo ligado a las infracciones relativas a las irregularidades del estatuto de trabajador inmigrante y, por consiguiente, da origen a ilícitos laborales y violaciones de derechos de los extranjeros que son sancionados por diferentes vías, civil, administrativa y penalmente.