

2.- BREVE SÍNTESIS DEL REGIMEN LEGAL ESPAÑOL APLICABLE LA CONTRATACIÓN EN ORÍGEN

Artículo 38, 8º - Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “*La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos*”.

Estatuto de Autonomía de Andalucía. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: **Artículo 62. Inmigración.**

1. Corresponden a la Comunidad Autónoma:

- a) *Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias.*
- b) *La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción.*

2. *La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX.*

Así, LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN, ASÍ COMO LA EJECUCIÓN, VIGILANCIA E INSPECCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES INICIALES DE TRABAJO DE LOS INMIGRANTES ES UN TÍTULO COMPETENCIAL AUTONÓMICO VINCULADO A LA “EJECUCIÓN LABORAL”.

El mismo Tribunal Constitucional ha dejado claro que la competencia en materia de entrada y residencia de los extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería, terreno en el que sólo cabe la competencia exclusiva del Estado (STC 31/2010, FJ 83). Ahora bien, una vez que declara que el Estado es el titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, añade que, en materia de inmigración y extranjería no puede hacerse entera abstracción de determinadas competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral. Así, si bien al Estado le corresponde, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico de los

extranjeros en general y de los inmigrantes en particular, a las Comunidades Autónomas pueden corresponder aquellas otras que, operando sobre el inmigrante, se refiere estrictamente a su condición como trabajador en una determinada Comunidad Autónoma (STC 31/2010, FJ 83).

La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo de los inmigrantes como competencia autonómica:

Esta doctrina se dicta con ocasión de la declaración de constitucionalidad del art. 138 EAC que atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolla en Cataluña, disponiendo que la misma “*se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros*” y que en ella se incluyen: “*a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena*”, y “*b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción*”. El análisis de la constitucionalidad de este precepto da pie al Tribunal para afirmar que el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es una sede normativa impertinente para prever mecanismos o fórmulas cooperativas en asuntos relativos a la inmigración, cuando éstos tengan, **como es el caso de la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, “una especial trascendencia para la Comunidad Autónoma”** (STC 31/2010, FJ 83).

“Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo (*autorización administrativa previa para residir y trabajar*), que en todo caso **deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización**” (*Artículo 36, 4º: Autorización de residencia y trabajo - Ley Orgánica 4/2000 – Extranjería*).

Conforme al **Artículo 38, 4º (Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena)**, de la Ley Orgánica 4/2000, “*4. El empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. Asimismo, cuando el extranjero habilitado se hallase en España deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social, y si no pudiera iniciarse la relación laboral, el empresario o empleador estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes*”.

La Ley Orgánica 4/2000, en su **Artículo 38 (Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena)**, establece que “**5. La autorización inicial de residencia y trabajo se limitará, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados**

por España, a un determinado territorio y ocupación. **Su duración se determinará reglamentariamente**”.

En este sentido, el **Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril)**, en su **Artículo 64, 3º**, en relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, establece como requisito (cuyo cumplimiento, como establece el art. 38, 3º de la LO 42000, ha de ser **VERIFICADO** por la Autoridad competente), que “b) El empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. La fecha de comienzo del contrato deberá estar condicionada al momento de eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena”.

Y, en su letra “e”, el mismo Artículo 64, 3º del Reglamento, exige que “e) El empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador en los términos establecidos en el artículo 66 de este Reglamento (Medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo)”.

Conforme al **Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril Artículo 66 (Medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo))**, “1. El empleador deberá acreditar que cuenta con medios en cuantía suficiente para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero. Dicha cuantía deberá incluir el pago del salario reflejado en el contrato que obre en el procedimiento”.

El mismo Reglamento de Extranjería, en su Artículo 67, 2º dispone: “Con la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en modelo oficial deberá acompañarse la siguiente documentación: (...) b) Original y copia del contrato de trabajo, en el modelo oficial establecido”.

Y en el apartado 9º de ese mismo precepto, se establece “9. En caso de que el empleador que solicitó la autorización inicial comunique a la Oficina de Extranjería, en el plazo de quince días desde que el extranjero entró en territorio español, la no posibilidad de inicio de la relación laboral, dicha comunicación supondrá la apertura de un plazo de cuarenta cinco días en el cual un segundo empleador interesado en iniciar una relación laboral con el trabajador extranjero podrá dirigirse a dicha Oficina de Extranjería. A dichos efectos, el nuevo empleador deberá acreditar que cumple los requisitos previstos en los apartados b), c), d) y e) del artículo 64.3 de este Reglamento. Igualmente, una vez que el empleador que solicitó la autorización inicial haya comunicado la no posibilidad de inicio de la relación laboral, el trabajador extranjero podrá dirigirse a la Oficina de Extranjería a los efectos de solicitar la emisión de un documento para constancia de dicha comunicación y de su titularidad de la autorización y el ámbito de limitación de

ésta. Dicho documento será entregado, en el plazo máximo de cinco días, al trabajador extranjero a los efectos de que éste pueda dirigirse al Servicio Público de Empleo competente y solicitar sus servicios de intermediación laboral”.

Establece el **Artículo 70 del Reglamento de Extranjería (Visado de residencia y trabajo y entrada en España)**, en su apartado 9º: “*Si finalizada la vigencia de la autorización de estancia no existiera constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España. Asimismo, el órgano competente requerirá al empleador que solicitó la autorización para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral y por las que no se ha cumplido la obligación de comunicación sobre dicha incidencia a las autoridades competentes, prevista en el artículo 38.4 de la Ley Orgánica 4/2000. En dicho requerimiento, se hará constar que, de no recibirse contestación al mismo en el plazo de diez días o de considerarse insuficientes las razones alegadas por el empleador, el órgano competente dará traslado del expediente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por posible concurrencia de una infracción grave de las previstas en el artículo 53.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000. Igualmente, le advertirá que, de finalizar el posible procedimiento sancionador con determinación de la concurrencia de la infracción señalada en el párrafo anterior, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores”.*

El Artículo 70 del Reglamento, esta vez en su apartado 3º, establece :”*La solicitud de visado deberá ir acompañada de la siguiente documentación: (...) d) Copia del contrato en relación con el cual se ha concedido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, sellada por la Oficina de Extranjería. De oficio, la misión diplomática u oficina consular verificará, en la aplicación informática correspondiente, que se ha concedido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena condicionada*”. Y en su Apartado 7º, ordena que “*el empleador quedará obligado a comunicar el contenido del contrato de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo*”.

El Artículo 100, 4º del mismo Reglamento, establece: “*4. En el momento en que la autoridad competente disponga de los contratos firmados por los empresarios, procederá a hacer constar en éstos la diligencia aprobatoria de la autorización, e indicará la ocupación, el ámbito territorial y la duración autorizados. Los ejemplares de los contratos serán remitidos de nuevo a los empresarios para que puedan ser firmados por el trabajador en el país de origen, ante la oficina consular competente para la expedición del visado*”.

El Artículo 101 de dicho Reglamento, establece:

“*2. En el supuesto regulado en el artículo 98.2.a), cuando en el plazo de un mes desde su entrada en España no exista constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, el órgano competente podrá resolver la extinción de la autorización*”.

Asimismo, el órgano competente requerirá al empleador para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores, así como de la posible concurrencia de una infracción grave de las previstas en el artículo 53.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000.

3. En los supuestos regulados en el artículo 98.2 b), c) y d), si finalizado el plazo de tres meses desde su entrada legal en España no existiera constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España.

Asimismo, el órgano competente requerirá al empleador que solicitó la autorización para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, y por las que no se ha cumplido la obligación de comunicación sobre dicha incidencia a los órganos competentes, prevista en el artículo 38.4 de la Ley Orgánica 4/2000.

En dicho requerimiento se hará constar que, de no recibirse contestación al mismo en el plazo de diez días o de considerarse insuficientes las razones alegadas por el empleador, el órgano competente dará traslado del expediente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por posible concurrencia de una infracción grave de las previstas en el artículo 53.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000.

Igualmente, le advertirá que, de finalizar el posible procedimiento sancionador con la determinación de la concurrencia de la infracción señalada en el párrafo anterior, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores”.

De nuevo, el Reglamento de Extranjería, en su **Artículo 203** (Modificaciones de la autorización de residencia y trabajo), establece: “1. Durante la vigencia de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo, el órgano competente por razón del lugar donde se vaya a iniciar la relación laboral o la actividad por cuenta propia que motiva la solicitud, podrá modificar su alcance en cuanto a la ocupación, sector de actividad y/o ámbito territorial de limitación, siempre a petición de su titular. En el caso de que se trate de una modificación del alcance de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 64.3.a). (...)2. Cuando la modificación implique una nueva autorización de residencia y trabajo, se seguirá el procedimiento previsto por el artículo 68 del presente Reglamento. En todos los casos, la Administración autonómica registrará las solicitudes presentadas, en trámite y resueltas, en la aplicación informática correspondiente, garantizando su conocimiento en tiempo real por la Administración General del Estado”.

Resultan relevantes muchos otros preceptos reglamentarios, como el Artículo 204 (Intervención de las Comunidades Autónomas en la modificación de autorizaciones en el caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo), cuyo Apartado 2 dispone: “*2. Cuando la modificación implique una nueva autorización de residencia y trabajo, se seguirá el procedimiento previsto por el artículo 68 del presente Reglamento. En todos los casos, la Administración autonómica registrará las solicitudes presentadas, en trámite y resueltas, en la aplicación informática correspondiente, garantizando su conocimiento en tiempo real por la Administración General del Estado*”. O el Artículo 68 (Procedimiento en el caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena a Comunidades Autónomas), o el Artículo 69 (Denegación de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena).

POR OTRA PARTE, conforme al Artículo 174, 1, d), del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), (Visados de residencia y trabajo de temporada), el empleador ha de aportar “Los contratos de los trabajadores incluidos en la resolución, firmados previamente por ambas partes”. De la misma manera, su aportación se exige en el artículo 172 del citado Reglamento (Visados de residencia y trabajo), al igual que así se establece en otros preceptos del mismo.

Por lo demás, conforme a los artículos 169, 3º, y concordantes, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que -al momento de los hechos objeto de estos autos- se regulaba la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012, con su prórroga correspondiente al año 2018, para trabajadores de temporada o campaña - reguladas actualmente por la Orden TMS/1426/2018, de 26 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2019- establece particularidades del procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio en la gestión colectiva de contrataciones en origen de trabajadores extranjeros no comunitarios para 2012 (vigencia Prorrogada al 2018 por Orden ESS/1309/2017, de 28 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012), establece:

Artículo 3. Garantías para los trabajadores.

“A los efectos de ser autorizados para la contratación de trabajadores extranjeros en base a lo previsto en esta Orden, los empleadores deberán garantizar a aquéllos las siguientes condiciones:

1. En relación con cualquier oferta de empleo presentada se deberá garantizar:

- a) La actividad continuada durante la vigencia de la autorización solicitada.

En el caso de ofertas de empleo temporal en el sector agrario se considerará continuada la actividad no inferior a un 75% del tiempo de trabajo habitual en el sector, por lo que el número de jornadas y/o horas de trabajo cotizadas se corresponderá con este límite mínimo.

El cumplimiento de la garantía por el empleador podrá ser objeto de verificación por la Administración durante todo el periodo de vigencia de la autorización, en su caso, concedida.

b) El cumplimiento de las condiciones de trabajo.

El contrato de trabajo que se suscriba deberá contener las mismas condiciones contenidas en la oferta de empleo de la que la autorización de residencia y trabajo trae causa. Dicho contrato, con las condiciones referidas, será el que el empleador inscribirá en el Servicio público de empleo competente y respecto al que se producirá el alta del trabajador en Seguridad Social, en cumplimiento del artículo 38.4 de la Ley Orgánica 4/2000.

Asimismo, el empleador deberá cumplir todas las cláusulas contenidas en los contratos de trabajo suscritos con los trabajadores.

En cuanto a los sistemas informáticos previstos para el control de la Contratación en origen –al margen de Registro de Extranjeros-, el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril contiene una regulación pormenoriada, que sin embargo, no se ha llevado a efecto. Así, entre otros,

Artículo 67, 3º: “Recibida la solicitud, el órgano competente la registrará, dejando constancia inmediata de su presentación, y la grabará en la aplicación informática correspondiente, de tal manera que permita que los órganos competentes para resolver puedan tener conocimiento de la solicitud en tiempo real”.

Artículo 67, 6º: “... El órgano competente grabará de inmediato la resolución en la aplicación informática correspondiente, de manera que las autoridades de los organismos afectados, incluido el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Misión diplomática u Oficina consular española correspondiente al lugar de residencia del trabajador, tengan conocimiento de la misma en tiempo real”.

Disposición adicional sexta. Aplicación informática para la tramitación de procedimientos y Disposición adicional séptima. Gestión informática en los procedimientos con intervención de las Comunidades Autónomas.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: RÉGIMEN SANCIONADOR:

Artículo 53. Infracciones graves.

2. También son infracciones graves: a) No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral. No obstante, estará exento de esta responsabilidad el empresario que comunique a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, conforme a la legislación, impidan el inicio de dicha relación.

Artículo 55. Sanciones.

2. La imposición de sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica corresponderá al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Cuando una Comunidad Autónoma tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley en los supuestos de infracción a que se refiere el párrafo siguiente corresponderá a la Comunidad Autónoma y se ejercerá por la Autoridad que la misma determine, dentro del ámbito de sus competencias.

En los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52.c), d) y e), graves del artículo 53.1.b), y 53.2.a), y muy grave del artículo 54.1.d) y f), el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones a las autoridades referidas en el párrafo anterior.

A la vista de lo anterior, podemos representarnos como este Iter Delictivo determina las funciones de los diferentes integrantes de la Organización Criminal de Tratantes de Seres Humanos que ha llevado a cabo los hechos objeto de estos autos, en las distintas fases del mismo (Fase de Captación o Reclutamiento, Fase de Transporte y Alojamiento, Fase de Explotación, Captación ilícita de Subvenciones, como explotación adicional, las Funciones de Encubrimiento que permiten la continuidad en el tiempo de la Trata).