

informacion@abogacia.es

De: Eva González García <eva.gonzalez@abogacia.es>
Enviado el: lunes, 13 de junio de 2022 20:27
Para: INFORMACIÓN ABOGACÍA
CC: CESAR SAN ATILANO
Asunto: Participación ciudadana: Real Decreto por el que se modifica 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
Datos adjuntos: ALEGACIONES PRD MODIFICACION LO 4-200-REGLAMENTO EXTRANJEROS A.pdf

De: participa-noreply@inclusion.gob.es <participa-noreply@inclusion.gob.es>

Enviado el: lunes, 13 de junio de 2022 20:21

Para: presidencia@abogacia.es

Asunto: Participación ciudadana: Real Decreto por el que se modifica 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

⚠ Este mensaje proviene de fuera del Ministerio de Trabajo y Economía Social, por favor, no pulse enlaces o abra adjuntos a menos que conozca al remitente o bien sepa que su contenido es seguro. ⚠



Se ha registrado la siguiente sugerencia:

Norma: Real Decreto por el que se modifica 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

Ciudadano: 13082656A - VICTORIA ORTEGA BENITO

En representación de: Q2863006I - CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA

Email: presidencia@abogacia.es

Sugerencia:

Buenas tardes:

Se remiten las alegaciones del Consejo General de la Abogacía Española en el trámite de audiencia e información pública en relación con el PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE MODIFICA 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, APROBADO POR EL REAL DECRETO 557/2011, DE 20 DE ABRIL.

Un cordial saludo.



Este mensaje ha sido enviado por un sistema automático. Por favor, no conteste directamente a este email.

ALEGACIONES EN EL TRÁMITE DE AUDIENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE MODIFICA 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, APROBADO POR EL REAL DECRETO 557/2011, DE 20 DE ABRIL

PRIMERAS CONSIDERACIONES

Se trata de una reforma NECESARIA, URGENTE E INMEDIATA, con algunos aspectos positivos (sobre todo en verdaderas contradicciones que en su conjunto y debido a reformas parciales resolvía situaciones concretas en forma contradictoria y faltas de sentido: por ej: capacidad de algunos colectivos de trabajar por cuenta ajena y no por cuenta propia) pero a su vez totalmente INSUFICIENTE de acuerdo, incluso desde la perspectiva de su propia motivación

Acierta el Ministerio en su diagnóstico en la situación actual entre la realidad social económica y de la situación administrativa de los extranjeros migrantes, y la legislación y realidad laboral, normativa y de las necesidades actuales de nuestra sociedad, estando absolutamente disociada, que se quiere paliar, con esta reforma –limitadísima- que se pretende de la norma que regula los derechos de los extranjeros migrantes en España.

NECESARIA: Porque la normativa actual (ley del 2000 y reglamento a modificar del año 2011) no responde a la realidad que tenemos en nuestra sociedad con los cambios vertiginosos que exigen una respuesta clara y directa porque ha sido necesario trasponer adecuadamente la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pairs necesarias que regulan las situaciones de los estudiantes en España, y los derechos que los mismos poseen, regulado por diversas Instrucciones:

[INSTRUCCIÓN DGM 1/2018](#) 

[INSTRUCCIÓN DGM 2/2018](#)  .

[INSTRUCCIÓN DGM 3/2018](#) 

[INSTRUCCIÓN DGM 4/2018](#) 

A todas luces normas de rango insuficientes, razón por la cual se regulan adecuadamente a través del Real Decreto presentado a información pública.

Ha sido necesario también dotar al rango adecuado la Instrucción SEM 1/2021 que regulaba el arraigo social derivado de la obligación emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo que sentó doctrina en fecha 25 de marzo de 2021, dictando la sentencia 1184/2021 en la que especifica que el párrafo segundo del artículo 124.1 no implica que la acreditación de la relación laboral y de su duración deba llevarse a cabo exclusivamente a través de los medios establecidos en él (resolución judicial o acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), sino que podrá demostrarse por cualquier medio de prueba válido en derecho, ratificada en las posteriores sentencias 1802/2021 y 1806/2021.



Ha sido necesario también elevar al rango adecuado las instrucciones que regulaban la situación de los menores hijos de otros ciudadanos de la Unión y de los hijos de españoles;

INSTRUCCIONES DGM 8/2020 SOBRE LA RESIDENCIA EN ESPAÑA DE LOS PROGENITORES, NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES, DE MENORES CIUDADANOS DE LA UNIÓN, INCLUIDOS ESPAÑOLES

Instrucción también obligada por recientes sentencias del TJUE, concretamente, y en forma intensa en la que se aplica a un ciudadano de la Unión que no ejerció el derecho de circulación, el 5 de mayo de 2022, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia conjunta en los **asuntos C-451/19 y C-532/19, en la que decidió** que el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro desestime una solicitud de reagrupación familiar presentada en nombre de un nacional de un tercer país que sea miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que nunca haya ejercido su libertad de circulación, por el solo motivo de que el ciudadano no dispone de recursos suficientes sin que se haya examinado si existe una relación de dependencia de tal naturaleza que la denegación de un derecho derivado de residencia obligaría al ciudadano de la Unión a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto y verse así privado del goce efectivo de los derechos que le confiere su condición de ciudadano de la Unión.

Sin embargo, en este apartado es obligado advertir las dudas que suscitan, por mor de un encomiable intento de “dotar de seguridad jurídica” la situación y el encaje de los familiares directos extracomunitarios de los ciudadanos españoles. En efecto, siendo que hasta ahora los mismos se encontraban, a raíz de la interpretación del Tribunal Supremo en su manida sentencia del año 2010 (**STS Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª de 1 de junio de 2010 en la que equipara familiares de ciudadanos españoles con respecto a los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea, argumentando que todos deben tener la misma regulación, (por falta de regulación específica) y se aplicaba sin más el RD 240/2007, con sus problemas de aplicación a raíz de su art 7**), no parece adecuado, sin más, transformar un derecho que ya se tiene, en tanto y en cuanto se cumplan los requisitos de [Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea \(UE\)](#), en una autorización de residencia excepcional que en todos los casos requerirán un procedimiento administrativo de concesión (que los familiares de ciudadanos de la Unión no tienen).

Ello, sin terminar de definir en forma clara, precisa y transparente la utilización de ciertos términos jurídicos indeterminados persistentes, cuya aplicación ha traído, diversos y profundos problemas (y los seguirá trayendo): el “a cargo” que se utiliza en los ascendientes de españoles Art 124.3.

También es de ley, reseñar en forma positiva, la eliminación de requisitos de tipo económico para la concesión de autorización de residencia a cónyuges e hijos de ciudadanos españoles, la aplicación del art 7 del RD 240/2007 ha traído no pocos problemas.



URGENTE E INMEDIATA: también lo es por, y tal como lo reconoce la propia norma en su introducción, la cada vez más alejada situación administrativa de los extranjeros de la realidad laboral y de las necesidades de mano de obra del tejido social español, que solo se solventa con población migrante.

Sin embargo, en este aspecto, agradeciendo el intento de simplificar procedimientos y esperas que puedan llegar a más de siete meses para obtener una autorización de trabajo, al parecer se escora demasiado la reforma a las necesidades de los empleadores, que al disfrute de los de los derechos que tienen los propios trabajadores.

Así, en ese sentido se sigue ahondando en los procedimientos excepcionales que contiene la normativa, tanto en los excepcionales (al arraigo laboral y el arraigo social se le suma un arraigo nuevo, el de formación, con requisitos al parecer menos rígidos, que sin embargo traerá no pocos problemas en lo que hace a la forma de probar la efectiva intención de formación, o su continuidad como residencia y acceso al trabajo).

Loable resulta la aparición de un nuevo “arraigo”: el provisional para la formación, pero el mismo, aseguramos, por su mejorable redacción y la experiencia acumulada en figuras análogas, traerá verdaderos problemas, no tanto en su adquisición (aunque también, respecto a la aplicación del término “comprometerse a realizar u obtener acreditación”, sino en el tránsito a “la autorización de residencia y trabajo”, si se trata del régimen general o será dentro de este régimen excepcional, y si se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (como ejemplo los múltiples problemas que han originado las residencia de búsquedas de empleo).

Se sigue apostando por las figuras no generales sino dirigidas, y admitiendo la falta de eficacia del llamado régimen general, se flexibiliza y otorga muchas más facilidades en lo que se denomina la migración circular y la contratación colectiva de origen, en la cual prima más las necesidades de mano de obra de empresas (en general las más importantes de España) y el control férreo de la Administración, en detrimento de los derechos de los propios trabajadores y de sus familias, a los que se contrata para periodos cortos y para necesidades específicas, sin contar ni percibir el fenómeno migratorio como un derecho, también de los propios trabajadores migrantes y de sus familias.

MEJORA en aspectos técnicos en lo que se refiere a la compatibilidad de trabajo por cuenta ajena y propia (una diferencia anacrónica que se sigue manteniendo en la legislación) especificando que cuentan con ese derecho los reagrupados y los que renuevan o modifican las autorizaciones también, y con un claro interés de intentar homogeneizar criterios y en la medida de lo posible erradicar criterios a veces tan dispares de las Oficinas de extranjería provinciales.

La creación de una UNIDAD DE TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE EXTRANJERÍA, dependiente de la Dirección General de Migraciones constituye una buena medida no exenta de complicaciones en su aplicación práctica. Si bien se la define como unidad de apoyo y gestión en la tramitación de autorizaciones, deja para una delimitación de funciones a una fase posterior a una resolución de la Dirección General de Migraciones que determinará, funciones, ámbitos

territoriales en que se aplicará, siendo un flaco favor a la seguridad jurídica y a la propias competencias de las diferentes Delegaciones de Gobierno, así como una llamada a una discrecionalidad de la entidad Centralizada, que omite sentar las bases sobre qué criterios se tomarán para asumir competencias que no le son propias, ni si las mismas serán temporales, excepcionales o permanentes solo se alude a un criterio poco transparente al aludir que se tomarán esas decisiones de “asumir la recepción, instrucción parcial o total, de las autorizaciones, cuando se recomiende por motivos de eficiencia en el uso de los recursos la gestión colectiva y centralizada de las mismas”.

Verdaderos términos jurídicos indeterminados que entendemos que no pueden estar regulados en una norma como la propuesta, modificando aspectos reservados a norma con rango de Ley.

SE FORMULAN A CONTINUACIÓN ALEGACIONES A LOS ARTICULOS QUE SE PRETENDER REFORMAR:

PRIMERA.- ARTÍCULO 42. TRABAJO DE TITULARES DE UNA AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA:

TEXTO DEL PROYECTO:

“Artículo 42.

1. Los extranjeros que dispongan de la correspondiente autorización de estancia por estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado podrán ser autorizados a realizar actividades laborales en instituciones públicas o entidades privadas cuando el empleador como sujeto legitimado presente la solicitud de autorización de trabajo y los requisitos previstos en el artículo 64, excepto el apartado 2.b) y el apartado 3.a).

Asimismo, podrán ser autorizados a realizar actividades por cuenta propia, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 105, excepto el apartado 2.b) y 3.d).

Dichas actividades deberán ser compatibles con la realización de aquéllas para las que, con carácter principal, se concedió la autorización de estancia.

En su caso, no será preciso solicitar autorización para aquellas prácticas no laborales en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó la autorización de estancia y que se produzcan en el marco de los correspondientes convenios de colaboración entre dichas entidades y el centro docente o científico de que se trate.

2. La actividad laboral no podrá ser superior a las treinta horas semanales.

3. La autorización que se conceda no tendrá limitaciones geográficas, salvo que la actividad lucrativa coincida con períodos en que se realicen los estudios, la investigación, las prácticas no laborales, o el servicio de voluntariado.

No tendrá tampoco limitaciones geográficas la autorización cuando, pese a su coincidencia con el periodo de realización de la actividad principal, se acredite que la forma de organización de la actividad laboral permitirá su compatibilidad con la consecución de aquélla por no requerir desplazamientos continuos.



La limitación del ámbito geográfico de la autorización para trabajar, de ser establecida, coincidirá con carácter general con el ámbito territorial de estancia de su titular.

Podrá excepcionarse la coincidencia de ámbito geográfico de las autorizaciones siempre que la localización del centro de trabajo o del centro en que se desarrolle la actividad por cuenta propia no implique desplazamientos continuos que supongan la ruptura del requisito de compatibilidad con la finalidad principal para la que se concedió la autorización de estancia.

Cuando la relación laboral se inicie y desarrolle en el ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma y a ésta se le haya traspasado la competencia ejecutiva de tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia y ajena corresponderá a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma la admisión, tramitación, resolución de solicitudes y, eventualmente, de los recursos administrativos.

4. La vigencia de la autorización para trabajar coincidirá con la duración de la autorización de estancia. La pérdida de vigencia de la autorización de estancia será causa de extinción de la autorización para trabajar.

Las autorizaciones para trabajar se prorrogarán si subsisten las circunstancias que motivaron la concesión anterior, siempre y cuando se haya obtenido la prórroga de la autorización de estancia”.

PROPUESTA:

Inclusión de un último párrafo:

“Artículo 42.

4 . La vigencia de la autorización para trabajar coincidirá con la duración ***de la autorización de estancia.***

La pérdida de vigencia de la autorización de estancia será causa de extinción de la autorización para trabajar.

Las autorizaciones para trabajar se prorrogarán si subsisten las circunstancias que motivaron la concesión ***anterior, siempre y cuando se haya obtenido la prórroga de la autorización de estancia o solicitado la autorización de residencia y trabajo con la finalidad de continuar dicha relación laboral, de forma que durante la tramitación del correspondiente expediente permita estar en situación de regularidad en el ámbito laboral’.***

JUSTIFICACIÓN:

Oportunidad de dar mayor seguridad jurídica en el ámbito laboral para las empresas y el trabajador, durante la tramitación que pueda demorarse en el tiempo.



Evitar irregularidades sobrevenidas, y que los peticionarios tengan que acudir a la vía de arraigo. Cumpliendo con lo establecido en el Informe de impacto y necesidad de modificación de la presente normativa.

SEGUNDA.- APARTADO 11 DEL ARTÍCULO 61.

TEXTO DEL PROYECTO:

Artículo 61. 11. “La autorización de residencia por reagrupación familiar renovada se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la renovación. ***Esta autorización habilitará para trabajar por cuenta ajena y propia.***”

PROPUESTA:

“Artículo 58.

4. “La autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge, la pareja de hecho, *los ascendientes mayores de 65 años* o el hijo reagrupado habilitará a su titular a trabajar, siempre que sea mayor de edad laboral, sin necesidad de realizar ningún trámite administrativo. Dicha autorización les habilita para trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad.”

“Artículo 61.

11. “La autorización de residencia por reagrupación familiar renovada se extenderá hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la renovación.”

JUSTIFICACIÓN:

El apartado 11 del artículo 61 artículo hay que relacionarlo con el artículo 58.4. del mismo Real Decreto 557/2011 cuando establece en relación con las autorizaciones iniciales de reagrupación familiar lo siguiente:

“La autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge, la pareja de hecho o el hijo reagrupado habilitará a su titular a trabajar, siempre que sea mayor de edad laboral, sin necesidad de realizar ningún trámite administrativo. Dicha autorización les habilita para trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad.”

De los familiares reagrupables del artículo 17.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción del artículo 58.4 del Real Decreto 557/2011, solo quedan fuera de la habilitación para trabajar los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades y los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años.



Parece que las que dejan fuera para habilitar a trabajar representan categorías de reagrupables con circunstancias que de por sí no conllevarían la necesidad u oportunidad de trabajo, por lo que desde luego no se prevé que en trámite de renovación dichas circunstancias pudieran variar hasta el punto de hacer necesaria la habilitación para el trabajo. (Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que previa consecución de autorización para trabajar el ascendiente mayor de 65 años pudiera optar a una autorización independiente del reagrupante (59.5).

No pensando que la expresión citada en trámite de renovación se pretenda ampliar el ámbito personal acreedor de habilitación para trabajar, se considera innecesaria su inclusión, al derivarse de la propia naturaleza de la renovación que da continuidad a la autorización renovada con las mismas características.

Su mantenimiento podría hacer pensar que en otras autorizaciones, en que inicialmente se habilita para trabajar, el hecho de renovar, conllevaría perder dicha habilitación (133.2, 136.6, 137.6, 144, incluso 147, y 151).

No obstante, si se trata de habilitar para el trabajo a ascendientes mayores de 65 años exclusivamente en trámite de renovación, tendríamos que argumentar que tal decisión iría en contra de la motivación que se desprende de la memoria justificativa de la reforma dada por la propia Secretaría de Estado de Migraciones en el sentido de eliminar trabas administrativas y burocracia en la incorporación de los migrantes al mercado laboral.

TERCERA.- ARTICULO 65.

TEXTO DEL PROYECTO:

“Artículo 65

1. A los efectos de determinar dicha situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará, con periodicidad trimestral, de acuerdo con la información suministrada por los Servicios públicos de empleo autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Administración autonómica, así como para Ceuta y Melilla. En las provincias insulares, el Catálogo podrá establecerse para cada isla o agrupación de ellas.

El procedimiento de elaboración del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura será establecido por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Este Catálogo estará basado en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios públicos de Empleo. También tendrá en consideración las estadísticas elaboradas por las administraciones públicas y, especialmente, la relativa a personas inscritas como demandantes de empleo en los Servicios públicos de empleo. Asimismo, se permitirá la contratación en aquellas ocupaciones pertenecientes a sectores económicos determinados mediante Orden del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.



Se considerarán como ocupaciones las consignadas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones que esté en vigor.

La concreción del detalle con que una ocupación se debe incluir en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura se realizará teniendo en cuenta el grado de especialización requerido para el desempeño de la actividad.

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena dirigida al extranjero.

2. Asimismo, se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite ante la Oficina de Extranjería la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno. A estos efectos, la Oficina de Extranjería tendrá en consideración el informe presentado por los Servicios Públicos de Empleo así como la urgencia de la contratación acreditada por la empresa.

Para ello, se deberá presentar una oferta de empleo en el portal Empléate y los Servicios Públicos de Empleo, que estará formulada de forma precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo, sin contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño.

El Servicio Público de Empleo en el que se haya presentado la oferta de empleo, en el marco de sus competencias en materia de intermediación laboral, la gestionará promoviendo el contacto entre el empleador y los demandantes de empleo que se adecuen a los requerimientos de la misma. Asimismo, durante un periodo de tiempo de cinco días, dará publicidad a la oferta de empleo en cualquiera de los espacios públicos destinados a la difusión de ofertas de que disponga el Servicio Público de Empleo, a fin de que los trabajadores que residen en cualquier parte del territorio español puedan concurrir a su cobertura.

Transcurridos cinco días desde la presentación de la oferta por el empleador, éste deberá comunicar al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección de candidatos que se han presentado para cubrir los puestos de trabajo vacantes, indicando los candidatos que han sido admitidos y los que han sido rechazados, así como la causa del rechazo.

El Servicio Público de Empleo emitirá si procede, la certificación de insuficiencia de demandantes en un plazo máximo de tres días contados a partir de la comunicación por parte del empleador del resultado de la selección.

El certificado emitido por el Servicio Público de Empleo competente deberá contener información que identifique al empleador y la oferta y sobre el número de puestos de trabajo ofertados y de trabajadores puestos a disposición del empleador. Incluirá igualmente la cifra de personas inscritas en la provincia como demandantes de empleo para la ocupación de que se trate.

La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración realizará un seguimiento de la aplicación de lo dispuesto en este Reglamento sobre la determinación de la Situación Nacional de Empleo.

En la valoración del certificado, la Oficina de Extranjería competente para la tramitación de la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena tendrá en

consideración, especialmente, la relación entre el número de trabajadores puestos a disposición del empleador y el de puestos de trabajo ofertados por éste

PROPUESTA:

“Artículo 65.

1. A los efectos de determinar dicha situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará, con periodicidad trimestral, de acuerdo con la información suministrada por los Servicios públicos de empleo autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Administración autonómica, así como para Ceuta y Melilla. En las provincias insulares, el Catálogo podrá establecerse para cada isla o agrupación de ellas.

El procedimiento de elaboración del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura será establecido por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Este Catálogo estará basado en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios públicos de Empleo. También tendrá en consideración las estadísticas elaboradas por las administraciones públicas y, especialmente, la relativa a personas inscritas como demandantes de empleo en los Servicios públicos de empleo. Asimismo, se permitirá la contratación en aquellas ocupaciones pertenecientes a sectores económicos determinados mediante Orden del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Se considerarán como ocupaciones las consignadas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones que esté en vigor.

La concreción del detalle con que una ocupación se debe incluir en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura se realizará teniendo en cuenta el grado de especialización requerido para el desempeño de la actividad.

Así mismo una vez que se emita por el Servicio Público de Empleo certificado de insuficiencia de demandantes respecto a un puesto de trabajo, este deberá ser incluido de forma automática en el Catálogo de Puestos de Dificil Cobertura por un periodo trimestral.

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena dirigida al extranjero.

2. Asimismo, se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite ante la Oficina de Extranjería la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno. A estos efectos, la Oficina de Extranjería tendrá en consideración el informe presentado por los Servicios Públicos de Empleo así como la urgencia de la contratación acreditada por la empresa.



Para ello, se deberá presentar una oferta de empleo en el portal Empléate y los Servicios Públicos de Empleo, que estará formulada de forma precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo, sin contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño.

El Servicio Público de Empleo en el que se haya presentado la oferta de empleo, en el marco de sus competencias en materia de intermediación laboral, la gestionará promoviendo el contacto entre el empleador y los demandantes de empleo que se adecuen a los requerimientos de la misma. Asimismo, durante un periodo de tiempo de cinco días, dará publicidad a la oferta de empleo en cualquiera de los espacios públicos destinados a la difusión de ofertas de que disponga el Servicio Público de Empleo, a fin de que los trabajadores que residen en cualquier parte del territorio español puedan concurrir a su cobertura.

Transcurridos cinco días desde la presentación de la oferta por el empleador, éste deberá comunicar al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección de candidatos que se han presentado para cubrir los puestos de trabajo vacantes, indicando los candidatos que han sido admitidos y los que han sido rechazados, así como la causa del rechazo.

El Servicio Público de Empleo emitirá la certificación de insuficiencia de demandantes en un plazo máximo de tres días contados a partir de la comunicación por parte del empleador del resultado de la selección. En caso de no emitir dicho certificado se entiende que hay insuficiencia de demandantes.

El certificado emitido por el Servicio Público de Empleo competente deberá contener información que identifique al empleador y la oferta y sobre el número de puestos de trabajo ofertados y de trabajadores puestos a disposición del empleador. Incluirá igualmente la cifra de personas inscritas en la provincia como demandantes de empleo para la ocupación de que se trate.

La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración realizará un seguimiento de la aplicación de lo dispuesto en este Reglamento sobre la determinación de la Situación Nacional de Empleo.

En la valoración del certificado, la Oficina de Extranjería competente para la tramitación de la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena tendrá en consideración, especialmente, la relación entre el número de trabajadores puestos a disposición del empleador y el de puestos de trabajo ofertados por éste.

JUSTIFICACIÓN:

Con la normativa actual no es posible hacer uso de este procedimiento, contratación en origen, por la necesidad de la determinación de la situación nacional de empleo.

El empresario o empleador no tiene opción de solicitar libremente trabajadores de terceros países, se debe tener en cuenta la situación nacional de empleo en relación con la actividad laboral que vaya a desempeñar el extranjero.

Para determinar esta situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal elabora un Catálogo de ocupaciones de difícil Cobertura para provincia, Catálogo que quedo obsoleto desde hace muchos años porque solo comprendía ocupaciones relacionadas con trabajo en buques, barcos o deportistas profesionales. Un catálogo ineficaz, nada dinámico y que no se corresponde con la realidad.

En el borrador de la reforma se pretende avanzar en este extremo otorgando más facilidades en la contratación en origen.

Sin embargo, este tipo de contratación sigue enfocándose en favorecer tanto al empresario como al mercado laboral, a merced de sus necesidades. Se sigue condicionando los flujos migratorios al estado en que se encuentra el mercado laboral.

No teniendo en cuenta la necesidades y derechos de los trabajadores migrantes.

El punto 1 del artículo 65 viene a ser modificado permitiendo la contratación en aquellas ocupaciones pertenecientes a sectores económicos determinados mediante Orden del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

En relación con la concreción del detalle con que una ocupación se debe incluir en el Catálogo se plantea incluir aquellos puestos de trabajo sobre los que el SEPE haya emitido el certificado de insuficiencia de demandantes, estos serán incluidos de forma automática y permanecerá durante el trimestre correspondiente.

La gestión de la oferta de trabajo por las oficinas de empleo no funcionaba en la práctica al ser inoperante por la existencia del siguiente párrafo: “Podrán no ser incluidas en Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo”. Excluyéndose en la práctica cualquier tipo de oferta de trabajo.

En el borrador de la reforma, muy acertadamente se suprime dicho párrafo para conseguir una mejor operatividad y funcionamiento.

Se propone una importante reducción de los plazos para la publicidad de la oferta, la comunicación del resultado de selección de candidatos y para la emisión del certificado de insuficiencia de demandantes. Siguiendo este planteamiento de reducción de plazos sería conveniente y operativo la reducción del plazo para resolver estos expedientes por parte de la Administración previsto en el artículo 67.6 del RD, estableciéndose un plazo de un mes desde la presentación de la autorización hasta la resolución de la misma.

Si bien no admitimos que se deje al arbitrio de la Administración la emisión de la referida certificación ya que se ha incluido en el párrafo la expresión “si procede”.

La Administración debe emitir la certificación de insuficiencia de demandantes para poder actuar en consecuencia.

En caso de no emitirlo, el silencio determinara que no hay demandantes de empleo para cubrir el puesto ofertado, y por tanto al cuarto día (la Administración tiene 3 días para la emisión del certificado de insuficiencia de demandantes) podremos acogernos a las exenciones del artículo 40 de la LOE.

PROPUESTAS:

1.- Supresión del Catálogo de Puestos de difícil Cobertura, que debería ser eliminado por su ineficacia, su falta de operatividad, por no responder a la realidad laboral, con el fin de mejorar



y agilizar la necesidad del mercado laboral y garantizar los derechos de los trabajadores migrantes.

2.- Subsidiariamente: la redacción expuesta anteriormente.

CUARTA.- ARTÍCULO 67 RD 557/2011

TEXTO DEL REAL DECRETO 557/2011:

“Artículo 67. Procedimiento.

1. El empleador deberá presentar personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena ante el órgano competente para su tramitación, de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral.

2. Con la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en modelo oficial deberá acompañarse la siguiente documentación:

a) El NIF y, en el caso de que la empresa esté constituida como persona jurídica, documento público que otorgue su representación legal en favor de la persona física que formule la solicitud.

Si el empleador fuera persona física, no se le exigirá la presentación del NIF si accede a la verificación de sus datos a través del Sistema de Verificación de Datos de Identidad.

b) Original y copia del contrato de trabajo, en el modelo oficial establecido.

La Oficina de Extranjería sellará la copia del contrato a los efectos de su posterior presentación por el extranjero junto a la correspondiente solicitud de visado de residencia y trabajo.

c) En su caso, certificado del Servicio Público de Empleo competente sobre la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir el puesto de trabajo.

d) Los documentos acreditativos de los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.

La disponibilidad de medios no podrá acreditarse mediante la referencia a ingresos procedentes de subvenciones, subsidios y ayudas de carácter no contributivo o asistencial otorgadas por administraciones públicas españolas, salvo en el ámbito de la asistencia domiciliaria y el cuidado de menores.

Cuando el empleador tenga la condición de empresa, podrá acreditar el cumplimiento de este requisito a través de, entre otros medios de prueba admitidos en Derecho, la presentación o la comprobación de la información relativa a su cifra de negocios, con el límite de los últimos tres años, y al promedio anual de personal contratado, teniendo en consideración las contrataciones realizadas, así como los despidos o bajas que se hayan producido. También podrá presentar, sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba admitidos en Derecho, una declaración

relativa a los servicios o trabajos realizados anteriormente, con el límite de los tres últimos años y/o un extracto de las cuentas anuales referido a balance.

- e) Copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.
- f) La acreditativa de que se tiene la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.
- g) Aquellos documentos que acrediten, de ser alegada por el interesado, la concurrencia de un supuesto específico de no consideración de la situación nacional de empleo, establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000 o por Convenio internacional.

3. 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.

4. El órgano competente para resolver comprobará si concurre o no alguna de las causas de inadmisión a trámite que se recogen en la Ley Orgánica 4/2000, y si apreciara su concurrencia resolverá de forma motivada declarando la inadmisión a trámite de la solicitud.

5. Admitida a trámite la solicitud, se procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación y se comprobará de oficio la información de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social respecto al cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, así como los informes de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil y del Registro Central de Penados. En el caso de que sea necesario solicitar informes en el marco de este apartado, éstos serán emitidos en el plazo máximo de diez días.

Asimismo, el órgano competente para resolver comprobará si con la solicitud se acompaña la documentación exigida, y si estuviera incompleta, formulará al solicitante el oportuno requerimiento a fin de que se subsanen los defectos observados en el plazo de diez días, advirtiéndole que de no subsanarse los mismos en el indicado plazo se le tendrá por desistido de su solicitud y se procederá al archivo de su expediente, dictándose al efecto la oportuna resolución.

La solicitud y emisión de los informes a que se refiere este apartado se realizarán por medios electrónicos.

6. El órgano competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada en el plazo máximo de tres meses, atendiendo a los requisitos previstos en esta sección, sobre la autorización solicitada.

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 esta en tiempo real.



Cuando la Misión diplomática u Oficina consular competente no disponga, por razón de su ubicación geográfica, de los medios técnicos necesarios para el acceso en tiempo real a la resolución mencionada en el párrafo anterior, los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación le darán traslado de la misma en el plazo de veinticuatro horas desde su recepción.

7. Concedida la autorización, su eficacia quedará suspendida hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de Seguridad Social, en el plazo de tres meses desde su entrada legal en España y por el empleador que solicitó la autorización. Estas circunstancias constarán en la resolución por la que se conceda la autorización.

8. En caso de fallecimiento del empleador o de desaparición del empleador que tenga la condición de empresa, el trabajador podrá ser dado de alta por otro empleador, previa realización de las actuaciones previstas en este apartado y siempre que ésta se produzca dentro de los tres meses desde su entrada legal en España.

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. El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social deberá realizarse en el ámbito territorial y la ocupación a los que esté limitada, en su caso, la autorización. De no estar limitada la autorización y producirse un cambio de ocupación, el nuevo empleador deberá acreditar, además, que se cumple el requisito previsto en el apartado f) de dicho precepto.

El trabajador extranjero comunicará a la Oficina de Extranjería competente el fallecimiento o desaparición del empleador, a los efectos de que el citado órgano administrativo compruebe dicha circunstancia y emita un documento para constancia de la misma y de la titularidad de la autorización por el trabajador 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.

La solicitud de autorización del alta por un segundo empleador deberá ser presentada por este ante la Oficina de Extranjería competente dentro del plazo de sesenta días desde la fecha de entrada del trabajador en territorio español.

El procedimiento relativo a la solicitud del segundo empleador será resuelto en el plazo máximo de quince días, debiendo entenderse que la solicitud es desestimada si no se dicta resolución expresa en plazo.

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.

El procedimiento relativo a la solicitud del segundo empleador será resuelto en el plazo máximo de quince días, debiendo entenderse que la solicitud es desestimada si no se dicta resolución expresa en plazo.

El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social deberá realizarse en el ámbito territorial y la ocupación a los que esté limitada, en su caso, la autorización. De no estar limitada la autorización y producirse un cambio de ocupación, el nuevo empleador deberá acreditar, además, que se cumple el requisito previsto en el apartado f) de dicho precepto.

Lo previsto en este apartado se entenderá sin perjuicio de lo establecido en el artículo 53.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero en relación con el primer empleador

PROPUESTA:

Inclusión de un apartado 10):

“10) En el supuesto del artículo 64.4, la solicitud de la autorización de residencia temporal y trabajo podrá presentarse por el extranjero o por el empleador, personalmente, mediante representación o a través de los medios telemáticos habilitados para ello, en el modelo oficial, en la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que vaya a iniciarse la actividad siempre y cuando se halle regularmente en territorio español y presente la solicitud con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración de su situación. En estos casos, será la Delegación o Subdelegación del Gobierno la encargada de valorar los documentos que acompañen a la solicitud y de resolver y notificar al interesado el sentido de la resolución en un plazo máximo de un mes, en estos supuestos, concedida la autorización, su eficacia quedará suspendida hasta el alta del trabajador en el régimen correspondiente de Seguridad Social, en el plazo de un mes desde la resolución y por el empleador que solicitó la autorización. Estas circunstancias constarán en la resolución por la que se conceda la autorización.”

JUSTIFICACIÓN:

El proyecto no presenta modificación al artículo 67 del RD 557/2011, no obstante, se considera oportuna la modificación indicada en atención a lo siguiente:

ANTECEDENTES:

La regla general en extranjería impone la obtención previa de visado en el país de origen para poder residir, o estudiar en España (art.25.2 L.O. 4/2000).

El RD 11/2018 introdujo esta redacción en el Reglamento de Extranjería RD557/2011 "Art. 39.7. En el supuesto del artículo 37.1.a), la solicitud de la autorización de estancia por estudios podrá presentarse por el extranjero, personalmente, mediante representación o a través de los medios

telemáticos habilitados para ello, en el modelo oficial, en la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que vaya a iniciarse la actividad siempre y cuando se halle regularmente en territorio español y presente la solicitud con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración de su situación. En estos casos, será la Delegación o Subdelegación del Gobierno la encargada de valorar los documentos que acompañen a la solicitud y de resolver y notificar al interesado el sentido de la resolución en un plazo máximo de un mes."

Esto es, se permite al extranjero que viene a estudiar a España, solicitar directamente la autorización de estancia para estudios, deberá hacerlo en los primeros sesenta días de su estancia en España, y no será preciso haber pedido el visado previo en la oficina consular.

REGULACIÓN ACTUAL:

Con carácter general el extranjero que se proponga trabajar en España, a la hora de tramitar la correspondiente autorización de trabajo y residencia, y visado, se encuentra sometido a la denominada "situación nacional de empleo" (art.65 RD557/2011), esto es, únicamente se autorizarán aquellos trabajos que, o bien así figuren en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, o bien se tramite en correspondiente expediente en la oficina de empleo que concluya certificando que no existen demandantes de empleo para esa actividad.

Esta regla general tiene sus excepciones en el art.40 de la LO 4/2000:

"Artículo 40. Supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo.

1. No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a:

a) Los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como al hijo de español nacionalizado o de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que estos últimos lleven, como mínimo, un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.

b) Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.

c) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.

d) Los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, por los motivos recogidos en el supuesto 5 de la sección C de su artículo 1.

e) Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.

f) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

g) Los extranjeros nacidos y residentes en España.

h) Los hijos o nietos de español de origen.

i) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización 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.

j) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos.

k) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales, y hayan retornado a su país.

l) Los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario.

2. Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente para:

a) La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas.

b) Los profesionales altamente cualificados, incluyendo técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas, sin perjuicio de la aplicación del régimen específico de autorización aplicable de conformidad con la presente Ley.

c) Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.

d) Los artistas de reconocido prestigio."

Por convenio internacional tampoco es exigible la situación nacional de empleo a los ciudadanos de Perú y Chile (art.64.4 RD557/2011).

En muchas ocasiones el empleador quiere conocer previamente a la persona a contratar, y es muy frecuente encontrarnos con la situación de llegada del ciudadano extranjero no sujeto a situación nacional de empleo, tramitación del expediente de autorización de trabajo y residencia, que se puede comenzar la tramitación siempre que no se encuentre de forma irregular en España (art.64.2 RD557/2011), resuelto favorablemente el mismo, tiene volver a su país de origen al único objeto de tramitar y recoger el visado, regresando a España de inmediato para incorporarse efectivamente a su puesto de trabajo.

Es decir, obtenida la autorización de trabajo y residencia, necesariamente el extranjero ha de regresar únicamente para recoger el preceptivo visado (art.67.7 RD557/2011).

En estos supuestos de no sujeción a la situación nacional de empleo, se considera interesante que el extranjero, que ha entrado de forma regular, y ha tramitado la autorización de trabajo y residencia durante su estancia regular, y se ha resuelto favorablemente, se le exima, o deje de ser preceptivo el retorno al país de origen al único efecto de tramitar y recoger el preceptivo visado, de forma similar a como se ha operado con las autorizaciones de estancia por estudios señaladas.



QUINTA.- ARTÍCULO 105 APARTADO 3.

TEXTO DEL PROYECTO:

“Artículo 105.

3. Por otra parte será necesario cumplir, con carácter previo, las siguientes condiciones en materia de trabajo:

- a) Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.
- b) Poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera.
- c) Haber abonado la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta propia.”

PROPUESTA:

“Artículo 105

3. Por otra parte será necesario cumplir, con carácter previo, las siguientes condiciones en materia de trabajo:

- a) Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial.
- b) Poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera, además de valorarse estudios universitarios realizados en España y las actividades relacionados con proyectos emprendedores relacionados con la presencia digital en nuestro país.
- c) Haber abonado la tasa relativa a la autorización de trabajo por cuenta propia.”

JUSTIFICACIÓN:

Esta autorización de residencia debe relacionarse directamente con el concepto trabajador autónomo en la normativa sectorial nacional, esta actividad autónoma puede realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial, siendo los únicos actores jurídicos el propio extranjero y la administración, ya que no existe el elemento subjetivo del empleador o empresa.

Teniendo en cuenta que cada año, aumenta el número de [personas de otros países que escogen España como lugar para emprender y montar su propio negocio](#). Desde el 2007, España ha sumado casi 200.000 autónomos más provenientes de otros lugares del mundo. Cifras que, a pesar de la pandemia, siguen sin dejar de crecer. En el año 2021 y descontando las bajas, el RETA



se incrementó con otros 21.271 extranjeros más que se dieron de alta alcanzando un total de 386.089 según los datos de afiliación aportados por la Seguridad Social.

Es un acierto, la eliminación de cuestiones de carácter documental (presentación de proyectos de actividad a realizar, la incidencia en la creación de empleo) y, a la vez, se ha determinado en el ámbito de las renovaciones, la máxima compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia para incentivar el emprendimiento entre las personas migrantes.

Por otro lado, teniendo en cuenta el impacto de los estudiantes extranjeros y la deficiente regulación del visado de búsqueda de empleo, (Disposición adicional decimoséptima de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introducida por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto.) ante esta etapa de reformas en la que hay que hacer un esfuerzo para retener el talento de los estudiantes universitarios y una presencia digital e invertir en planificación estratégica para un futuro cercano, por todo ello, además esta autorización de residencia no debería limitarse al ámbito geográfico autonómico ni a un sector de la actividad, según LO 4/2000 ARTICULO 37.2 RD 557/2011 art 104) con motivo de las singularidad del impacto económico de empresas digitales y la flexibilidad que exige el mercado.

En relación con Disposición adicional decimoséptima de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introducida por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto y la Instrucción DGM 1/2018, sobre la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2016/801/UE: Autorización de residencia al estudiante para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial.

Una vez que el estudiante extranjero que ha obtenido este visado de búsqueda de empleo encuentra una oferta de empleo deberá solicitar la [autorización correspondiente entre las reguladas por nuestro régimen general de extranjería \(LO 4/2000\) y en la Ley de emprendedores \(Ley, 14/2013\).](#)

En este caso, debe en el corto periodo de corto tiempo realizar la modificación a un permiso de residencia y trabajo de las reguladas en nuestro régimen general, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 200 del Reglamento “De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo , y excepcionalmente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo, sin necesidad de que haya transcurrido el plazo de un año, el extranjero que acredite una necesidad de trabajar por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia.

Con ello, añadir que pueden acceder a este tipo de residencia sin la espera de un año, puede ser positivo para el objetivo de la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introducida por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto.), y no acreditar la necesidad de trabajar por circunstancias sobrevenidas, esto ayudaría al objetivo en cuanto retener el talento y obtener de forma directa residencia de trabajo por cuenta ajena teniendo en cuenta las características del estudiante universitario y las posibilidades de emprender en España con proyectos innovadores.

SEXTA.- ARTÍCULO 124.1

TEXTO DEL PROYECTO:

“Artículo 124.

1. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud.

A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba válido en Derecho que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada desde la situación de regularidad administrativa. Se entenderá por regular todo aquel trabajo, por cuenta propia o ajena, que se haya realizado en los últimos 2 años y que suponga como mínimo una actividad de jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o 15 horas semanales en un periodo de 12 meses.”

PROPUESTA:

“Artículo 124.

1. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses.

A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba válido en Derecho que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada desde la situación de regularidad administrativa. Se entenderá por regular todo aquel trabajo, por cuenta propia o ajena, realizado al amparo de una autorización de trabajo o situación documentada o no que habilite a la realización de las actividades laborales descritas”

JUSTIFICACIÓN:

El artículo 124.1 da una insuficiencia de regulación al recoger la definición de arraigo laboral en su primer párrafo (sin ningún tipo de distinción de la naturaleza regular o irregular) para limitar los medios de prueba en su segundo párrafo a los supuestos de trabajo irregular. Tal redacción provocó que se atendiera a supuestos muy escasos al partir generalmente de la premisa previa de denunciar al empleador.

Finalmente dicha redacción ha motivado el pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS 1184/2021 de 25 de marzo de 2021, 1802/2021 de 29 de abril, STS 643/2021, de 6 de mayo de 2021) en el sentido de considerar: “que exigencias derivadas, tanto del derecho a la prueba como del concepto mismo de arraigo laboral contenido en el reglamento, demandan que dicho arraigo laboral pueda ser acreditado por cualquier medio de prueba válido en derecho”

Parece procedente, tal y como efectivamente se propone, aclarar en la nueva redacción la



posibilidad de incluir en el concepto de arraigo laboral expresamente las dos modalidades: la relación laboral de carácter regular (124.1) y las de carácter irregular (127.2)

No obstante lo anterior, la redacción propuesta cae en el mismo error actual (al igual que en el artículo 45 2 a) y 46 2 b) del anterior RD 2393/2004) en el sentido de establecer en el primer párrafo un concepto de arraigo laboral en este caso derivada de una relación laboral legal, y posteriormente limitar el concepto de trabajo regular a la necesidad de ejercer como mínimo una actividad de jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o 15 horas semanales en un periodo de 12 meses. La definición de una relación laboral regular no queda desvirtuada por el número de horas semanales trabajada. El Tribunal Supremo en las Sentencias referidas, no distingue otras categorías de relaciones laborales que las regulares o las clandestinas.

Por otro lado, se ha introducido la necesidad de que el solicitante se encuentre en situación irregular en el momento de la solicitud.

Con la inclusión de la expresión *y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud*, se va a seguir manteniendo la incompatibilidad, esta vez de forma expresa, con respecto a solicitantes de Protección Internacional ya sea con solicitudes admitidas a trámite o denegadas con recurso de reposición interpuesto y solicitadas medidas cautelares no resueltas conforme al artículo 117.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Refiriéndose con ello además de forma exclusiva a las situaciones descritas, es decir en ningún caso se puede pretender que se trate de evitar que cualquier persona con autorización residencia legal y trabajo, vaya a solicitar el cambio a una situación de autorización de residencia y trabajo concedida por arraigo laboral, ya que supondría una vuelta a una autorización inicial, que no es previsible que nadie desee.

No obstante, por lo que respecta a la compatibilidad entre arraigo laboral y social, el Defensor del Pueblo ha puesto de manifiesto que es preciso establecer una instrucción que clarifique la compatibilidad de los procedimientos de asilo con los regulados en la legislación de extranjería, en particular, las solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales, relativas a menores y trata de seres humanos, habiendo respondido la Secretaría de estado de Migraciones que *“Aunque procedimientos de extranjería y de protección internacional responden a realidades diferenciadas, los solicitantes de protección internacional en España pueden, en base al artículo 123 del Reglamento de extranjería, solicitar alguna de estas autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales y, en concreto, por razones de arraigo, en la medida en que se ‘hallan en España’. El hecho de que un solicitante de protección internacional pueda solicitar una autorización de residencia excepcional, en concreto, por arraigo, no implica en ningún caso las siguientes actuaciones: o no se exigirá como presupuesto para conceder la solicitud la renuncia al procedimiento de protección internacional. o la solicitud de autorización de residencia por arraigo no podrá ser inadmitida a trámite en la medida en que no concurre a priori ninguna de las causas previstas en la disposición adicional 4ª del Reglamento de extranjería.”*

A ello hay que añadir que el solicitante de Protección Internacional no ostenta un estatus de refugiado reconocido, por más que la ley le permita estar y trabajar en España mientras se tramita su solicitud. Sin embargo se le está impidiendo ejercer su derecho a residir legalmente en España en el caso de cumplir los requisitos para ello mediante otro tipo de autorización.



La afirmación de que la mera solicitud de protección internacional no supone el reconocimiento del derecho a obtener una autorización de residencia tiene su justificación además tanto en la Sentencia del TJUE de 19/06/2018 c-181/16, que mantiene que el solicitante de protección internacional está autorizado a esta en España solo a efectos del procedimiento, como en el artículo 9.1 de la Directiva 2013/32 que se cita en la misma del Parlamento Europeo y de Consejo de 26 de junio de 2013 y que establece que el derecho a permanecer en España no constituye un derecho a obtener un derecho de residencia.

Por lo expuesto, cabe concluir que el hecho de una persona entre en España bajo la premisa de manifestar temor a regresar a su país por estar en peligro su vida, no excluye la posibilidad de que tras permanecer en España durante un tiempo pueda llegar a situarse en otras circunstancias, entre ellas las de arraigo ya sea social, laboral o familiar, que le permitan acogerse a los preceptos que las regulan para obtener una autorización de residencia y trabajo.

SÉPTIMA.- ARTÍCULO 124.3

TEXTO DEL PROYECTO:

“ Artículo 124.

3. Por arraigo familiar:

a) Cuando se trate de padre o madre, o tutor legal, de un menor de nacionalidad española, o persona sobre la que se haya establecido medidas de apoyo y que sea de nacionalidad española, siempre que el progenitor o tutor solicitante tenga a este a cargo y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. En este supuesto se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.

b) Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada, ascendientes mayores de 65 años o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años o mayores de 21 años a cargo de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española o de su cónyuge o pareja de hecho. En este supuesto se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.

c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.”

PROPUESTA:

“Artículo 124.

3. Por arraigo familiar:

a) Cuando se trate de padre o madre, o tutor legal, de un menor de nacionalidad española, o persona sobre la que se haya establecido medidas de apoyo y que sea de nacionalidad española, siempre que el progenitor o tutor solicitante tenga a este a cargo y conviva con éste o tenga regulado judicial o extrajudicialmente un derecho de visitas y/o estancias con el menor. En este supuesto se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.



El mismo derecho tendrá el padre o madre, o tutor legal, de un menor de nacionalidad de otro estado de la unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o persona sobre la que se haya establecido medidas de apoyo y que sea de nacionalidad de otro estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo cuando en las circunstancias del párrafo anterior no haya podido beneficiarse de los derechos y beneficios contemplados en el RD 240/2007 a no reunir los requisitos allí exigidos.

(*) b) Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho inscrita en un registro público o, ascendientes mayores de 65 años o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años o mayores de 21 años a cargo de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española o de su cónyuge o pareja de hecho, que encontrándose en España no haya podido beneficiarse de los derechos y beneficios contemplados en el RD 240/2007 a no reunir los requisitos allí exigidos. En este supuesto se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.

Igualmente cuando no haya podido beneficiarse de los derechos y beneficios contemplados en el RD 240/2007 a no reunir los requisitos allí exigidos y se trate pareja de hecho con la que mantenga una relación debidamente probada o miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el párrafo anterior, y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él

2.º Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el español se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.”

(*) (esta propuesta deja subsistente la regulación del mismo ámbito subjetivo en el RD 240/2007)

JUSTIFICACIÓN:

-En relación al apartado a) del punto 3. del artículo 124 por lo que se refiere a progenitores tutor legal o personas que haya establecido medidas de apoyo y sea de nacionalidad española, al añadir que se concederá autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia, se está trasladando la INSTRUCCIÓN DGM8/2020 SOBRE LA RESIDENCIA DE ESPAÑA DE LOS PROGENITORES NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES DE MENORES DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN INCLUIDOS LOS ESPAÑOLES.

Efectivamente con la ampliación del periodo de residencia concedido se trata de evitar las irregularidades sobre venidas una vez transcurrido el primer año de autorización si no cumplieron con los requisitos para obtener la modificación requerida por el artículo 202 del reglamento.

No obstante se echa en falta el traslado más completo de dicha INSTRUCCION por lo que respecta a los progenitores de ciudadanos nacionales de un Estado miembro que habiendo ejercido el derecho a la libre circulación se encuentren en España, para los supuestos en que no puedan cumplirse los requisitos del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

Ha de notarse igualmente que no concuerda de forma lógica la exigencia de requerir que el progenitor esté al corriente de las obligaciones paternofiliales, cuando la solicitud de la autorización regulada se realiza desde la situación de irregularidad administrativa, y que le impedirá en un gran porcentaje de situaciones no poder obtener ingresos algunos o suficientes como para poder hacerse cargo de dichas obligaciones.

Queda además pendiente el traslado de la doctrina del TJUE respecto de las denegaciones a progenitores españoles o de otros estados miembros por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

-Familiares de ciudadanos de españoles:

Con respecto a este apartado, es conveniente hacer breve recorrido de la regulación que estas personas han tenido con anterioridad:

1º El RD 240/2007 inicialmente los incluía en su DA 3ª, estableciendo una DA 20ª en el Reglamento de extranjería, que los remite a su vez al RD pero no en su totalidad (se deja fuera a los ascendientes, que los remite al régimen general de extranjería,) y a la otra familia –pareja estable y familia extensa, la deja en la DA 19ª, en los términos que ya he dicho.

2º Con motivo de la Sentencia de 1 de junio de 2010 del TS, se deroga la referida DA 20ª y todas las expresiones que tiene el Real Decreto sobre familiares de “otro” estado miembro, con lo cual el RD ya se refiere de forma amplia a los familiares de los españoles, por lo que los familiares de los españoles pasan a regularse, en su totalidad, en el Real Decreto 240/2007, dejando al margen el régimen general que subsistía vigente para la parejas estables y familia extensa de españoles a través de la DA 19 el Reglamento de extranjería.

3º Posteriormente por Real Decreto 987/15 de 30 de octubre, los familiares regulados en la DA 19 del reglamento de Extranjería vigente en aquel momento (que luego pasa a la 23 del actual RD 557/2011) –pareja de hecho estable y familia extensa- a los que solo se les reconocía una autorización de residencia, pero no el régimen jurídico del RD 240/2007, es decir que a partir de ese RD, ya se equiparan a los familiares de los ciudadanos de la unión para ser beneficiarios en el mismo régimen que los demás.

Por otro lado, por mor del Real Decreto Ley 16/12 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, se trasladó el artículo 7 de la DIRECTIVA 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril de 2004. De esta forma surge la problemática acerca de considerar si también dicha normativa habría de aplicarse a españoles para que sus familiares nacionales de terceros países, pudieran ser beneficiarios de los derechos recogidos en el RD 240/2007, dirimiéndose la controversia con las Sentencias Tribunal Supremo como las de 18 de julio de 2017, 11 de junio de 2018 y 3 de julio de 2018, al interpretar que sí les era de aplicación que sí era de aplicación. No obstante con las Sentencias del TJUE de Sentencia de fecha 27 de febrero de 2020, y de 5 de mayo de 2022 se modifica la doctrina, para entender que no es suficiente la denegación de un derecho de residencia derivado por el hecho de no poseer recursos económicos.

Es decir actualmente familiares de ciudadanos de la Unión del artículo 2, así como los del artículo 2 bis del Real Decreto 240/2007 tanto los que ejercieron el derecho a la libre circulación como los que no –españoles-, son beneficiarios en sentido amplio de los derechos recogidos en el meritado Real Decreto, con el añadido de que los españoles no deberán acreditar necesariamente medios económicos en los supuestos en que acrediten una relación de dependencia de acuerdo con las sentencias del TJUE descritas.

Con la reforma que se propone resulta:

1.- Desde el punto de vista del ámbito subjetivo, sólo sacan del régimen recogido en el RD 240/2007 al cónyuge o pareja de hecho acreditada, ascendientes mayores de 65 años o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años o mayores de 21 años a cargo de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española o de su cónyuge o pareja de hecho. Dejan fuera a la familia extensa, y a la pareja de hecho que resulte excluyente de la interpretación de lo que sea pareja de hecho acreditada. (si inscrita o no en un registro público o debidamente probada).

2.- Con respecto de los familiares incluidos, tras el recorrido normativo referido resultan situarse –a excepción de la inexigibilidad absoluta de medios económicos- en el peor de los escenarios hasta el momento, prescindiendo de la totalidad de derechos reconocidos en el régimen de ciudadanos de la Unión en sentido amplio así como en sus limitaciones. De esta manera un familiar de un ciudadano de cualquier estado miembro de la Unión Europea se sitúa en peor posición en relación a un familiar de un español, por el mero hecho de no haber ejercido el derecho a la libre circulación. Realmente si de lo que se trataba era de positivizar el criterio jurisprudencial del TJUE de inexigibilidad de medios económicos se podría hacer en el ámbito de su regulación actual, sin necesidad de empeorar el resto de derechos que la normativa comunitaria le confiere.

Efectivamente los perjuicios del traslado del ámbito subjetivo al que nos referimos, al régimen general, implica:

- Ausencia de regulación de un régimen de entrada.
- Ausencia de regulación de un régimen de mantenimiento y conservación de vigencia de la autorización en caso de fallecimiento, disolución de vínculo, o salida del territorio español del ciudadano nacional.
- Ausencia de regulación de régimen de renovaciones.
- Inaplicabilidad de las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública

Se traslada además la regulación de derechos y limitaciones en materia de reagrupación familiar para ciudadanos españoles -con las deficiencias antedichas- a través de una norma reglamentaria. Con respecto a ello hay que considerar lo siguiente:

En materia de reagrupación familiar tenemos que pese a que la Constitución Española habla en estrictos términos del derecho a la intimidad familiar, a nivel Europeo, refiere la Directiva

2003/86 , y que es interpretada por la STJUE de 4 de marzo de 2010 en el asunto C-578/08, con una larga exposición hasta decir que respeta el art 8.1 del CEDH, art. que a su vez es interpretado por el TEDH, y por el TJUE, ha dicho que: excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes, puede suponer una injerencia en el derecho a la vida en familia del 8.1, salvo que se cumplan los requisitos del 8.2, que es entre otros .. que esté prevista por la ley.

Así, la Reagrupación familiar de extranjeros se regula por la ley Orgánica 4/2000, que en su artículo 16 establece que los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar dice en la forma prevista en la propia Ley y de acuerdo con lo previsto en los Tratados Internacionales. Igualmente, la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, fija las condiciones en las cuales ejerce el derecho la reagrupación familiar los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros.

Con respecto a los ciudadanos de la Unión, que han ejercido el derecho a la libre circulación, y se encuentran en España se regula esta materia en la Directiva 2004/38, y en el RD 240/2007, sin embargo, el derecho a la reagrupación familiar de ciudadano nacional de un tercer país ejercido por españoles carece de cobertura legal, en cuanto que no está previsto ni en las normas comunitarias ni, lógicamente en la ley de extranjería, a pesar de que se indique que se aplicará la norma más favorable.

No parece por tanto considerar que un régimen de reagrupación familiar ejercido por españoles pueda regularse, en las condiciones ante dichas mediante un Real Decreto.

No obstante, analizando el contenido de derechos que implican las distintas regulaciones, podríamos concluir que en realidad con esta reforma no se está instaurando una régimen de reagrupación familiar ejercido por españoles, puesto que al margen de no contener un contenido de derechos y limitaciones propio no contempla la posibilidad de convivencia familiar en términos de “reunirse o acompañar”.

Es por tanto coherente que, hasta tanto se realice una regulación rigurosa mediante ley de un verdadero régimen de reagrupación familiar para españoles, se dejen subsistentes las dos regulaciones, desde un punto de vista general para supuestos de acompañar o reunirse, al amparo de la normativa de la Unión Europea trasladada al Real Decreto 240/2007, y con el fin de no dejar fuera ningún supuesto como consecuencia de no acreditar la totalidad de requisitos exigidos, utilizar el régimen general mediante la figura del arraigo en los términos propuestos.

OCTAVA.- ARTÍCULO 127

TEXTO DEL PROYECTO:

“Artículo 127

1. Se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán



instar a los órganos competentes la concesión de la autorización de residencia a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos.

2. Se podrá conceder una autorización de colaboración con la administración laboral a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo, mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho, haber trabajado en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año. Esta autorización tendrá dos años de duración y habilitará a trabajar por cuenta ajena y propia. La solicitud por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral, incorporará la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción emitida por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, o un acta de conciliación en la que el empleador reconozca la irregularidad de la contratación.

PROPUESTA:

“1. Se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades o el propio interesado podrán instar a los órganos competentes la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia y cuenta ajena a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos.

2. Se podrá conceder una autorización de colaboración con la administración laboral a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo, mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho, haber trabajado en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año. Esta autorización tendrá dos años de duración y habilitará a trabajar por cuenta ajena y propia. La solicitud por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral, incorporará la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción emitida por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, o un acta de conciliación.

JUSTIFICACIÓN:

Se incorpora el párrafo 2, terminando con una frase” en la que el empleador reconozca la irregularidad de la contratación” que evidentemente va a ser de difícil cumplimiento.

Si bien el legislador se sigue olvidando en el párrafo 1 conceder autorización de trabajo a las personas que colaboran con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Serán dichas autoridades las que podrán instar la concesión de autorización de residencia.

Si lo interrelacionamos con los diferentes tipos de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a estas personas además de autorización de residencia deben concederle autorización para trabajar tanto por cuenta propia como por cuenta ajena desde el momento de su concesión, y no tener que solicitar la autorización de trabajo con posterioridad a la concesión de la residencia.

No podemos olvidar que algunos procedimientos judiciales se alargan en el tiempo y estas personas necesitan incorporarse al mercado laboral lo antes posible.

Como notas que definen este procedimiento hay que destacar que el procedimiento se inicia por las autoridades, existiendo un amplio margen de discrecionalidad para que la Administración determine cual debe ser el grado de colaboración suficiente para instar la autorización, si vemos el 2 párrafo que se ha incorporado en el borrador, se permite que la solicitud sea presentada por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral.

NOVENA.- ARTICULO 162. 2 Y 166.2

TEXTO DEL PROYECTO:

“Artículo 162

2. La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

(...) f) Cuando el extranjero haya sido condenado en firme por la comisión de alguna de las conductas previstas en los artículos 177 bis y 318 bis del Código Penal.”

“166.2 La extinción de la autorización de residencia de larga duración y de la autorización de residencia de larga duración —UE se producirá en los casos siguientes:

(...) t) Cuando el extranjero haya sido condenado en firme por la comisión de alguna de las conductas previstas en los artículos 177 bis y 318 bis del Código Penal.”

PROPUESTA:

“Artículo 162.

2. La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

(...) f) Cuando el extranjero haya sido condenado en firme por la comisión de alguna de las conductas previstas en los artículos 177 bis del Código Penal.”

(*) (o subsidiariamente limitar la inclusión del artículo 318 bis a los apartados 3,4 y 5.)

“Artículo 166.

2. La extinción de la autorización de residencia de larga duración y de la autorización de residencia de larga duración —UE se producirá en los casos siguientes:

(...) t) Cuando el extranjero haya sido condenado en firme por la comisión de alguna de las conductas previstas en los artículos 177 bis del Código Penal.”

(*) (o subsidiariamente limitar la inclusión del artículo 318 bis a los apartados 3,4 y 5.)

JUSTIFICACIÓN:

Con respecto a la introducción de éstos dos apartados en los artículos 162 (extinción de residencia temporal), y el 166 (de larga duración), respecto al 177 bis dado que las penas previstas son superiores a cinco años entiendo que no existe contradicción con otros artículos ni de las Ley ni del Reglamento.

“Art. 177 bis.

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;

b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en

la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.”

Pero no ocurre lo mismo con el 318 bis del Código Penal que prevé penas máximas de un año en los supuestos básicos de los apartados 1 y 2, incluso cuando exista ánimo de lucro:

“1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

Por tanto, entraría en contradicción con el art. 31 de la Ley que en cuanto a la renovación de la residencia temporal que en su apartado 7 dice que “se valorará en su caso:

- a) Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.”

Situaciones que se pueden dar sin duda en penas inferiores a un año.

En cuanto a la extinción de la autorización de larga duración, prevé la Ley 4/2000 en el art. 57 para la expulsión “pena privativa de libertad superior a un año”, sin distinción de delitos, por lo que no cabría expulsión y por tanto no tendría encaje en el 32,5, b de la Ley de Extranjería.

No cabe empeorar la “reformatio in peius” por vía reglamentaria a una Ley Orgánica.

DÉCIMA. ARTÍCULO 167.

TEXTO DEL PROYECTO:

“Artículo 167.

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión de las ocupaciones y, en su caso, de la cifra de puestos de trabajo que se podrán cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen.

En caso de que, transcurrido el año respecto al que se establezca la cifra, el número de contrataciones en origen sea inferior a las inicialmente previstas, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, podrá prorrogar la vigencia de la cifra que reste.

2. La gestión colectiva permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallen o residan en España, para ocupar empleos estables y que serán seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas presentadas por los empresarios.

La orden anual por la que se establece la contratación en origen podrá prever las siguientes figuras:

- a) Contratación estable
- b) Migración circular
- c) Visados de búsqueda de empleo

3. Las autorizaciones de trabajo previstas en la contratación colectiva en origen para la migración circular tendrán una duración de cuatro años y habilitarán a trabajar por un periodo máximo de nueve meses en un año en un único sector laboral. El mantenimiento de la vigencia de estas autorizaciones estará supeditada al compromiso de retorno del trabajador al país de origen, y a las condiciones que justificaron la concesión de la autorización.

Estas autorizaciones se concederán para un único empleador, sin perjuicio de las especificidades que pueda establecer la orden anual que regula la gestión colectiva de contrataciones en origen en relación con los requisitos de las concatenaciones entre provincias y cambios de empleador.

4. Las autorizaciones de trabajo para la migración circular podrán prorrogarse tras la finalización de su vigencia, por iguales periodos. Los trabajadores que acrediten haber cumplido con el compromiso de retorno durante la vigencia de la autorización podrán solicitar, tras el primer periodo de cuatro años, una autorización de residencia y trabajo de dos años, prorrogables, que autorizará a trabajar por cuenta ajena y propia”.

PROPUESTA:

“Artículo 167.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión de las ocupaciones y, en su caso, de la cifra de puestos de trabajo que se podrán cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en el periodo de un año.

En caso de que, transcurrido el año respecto al que se establezca la cifra, el número de contrataciones en origen sea inferior a las inicialmente previstas, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, podrá prorrogar la vigencia de la cifra que reste.

2. La gestión colectiva permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallen o residan en España, para ocupar empleos estables y que serán seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas presentadas por los empresarios.

La orden anual por la que se establece la contratación en origen podrá prever las siguientes figuras:

a) Contratación estable

b) Migración circular

c) Visados para búsqueda de empleo

3. Las autorizaciones de trabajo previstas en la contratación colectiva en origen para la migración circular tendrán una duración de cuatro años y habilitarán a trabajar por un periodo máximo de nueve meses en un año en un único sector laboral. El mantenimiento de la vigencia de estas autorizaciones estará supeditada al compromiso de retorno del trabajador al país de origen, y a las condiciones que justificaron la concesión de la autorización.

4. Las autorizaciones de trabajo para la migración circular podrán prorrogarse tras la finalización de su vigencia, por iguales periodos. Los trabajadores que acrediten haber cumplido con el compromiso de retorno durante la vigencia de la autorización podrán solicitar, tras el primer

periodo de cuatro años, una autorización de residencia y trabajo de dos años, prorrogables, que autorizará a trabajar por cuenta ajena y propia.

5. Se diseñará y ejecutará de forma anual, un plan efectivo por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones que conlleve la información y difusión a nivel empresarial y dentro del Servicio Público de Empleo Estatal”.

La modificación conlleva la modificación de los artículos 175.1 con la ampliación a 6 meses de los visados de búsqueda de empleo.

JUSTIFICACIÓN:

1.- Mantenimiento de la redacción anterior del apartado 1.

El Proyecto suprime la redacción “en el periodo de un año”. No se alcanza a conocer el espíritu de la norma al eliminarlo.

En caso de que dicha omisión no atienda a un espíritu de específico, sino que lo único que supone es dar mayor flexibilidad a la Administración, se solicita de nuevo la inclusión “en el periodo de un año” en la redacción del precepto.

2.- Se considera excesivo el plazo de duración de cuatro años para la contratación colectiva en origen estipulado en el borrador en el apartado 3 del artículo.

3.- El segundo párrafo del apartado 3, deja al extranjero a la deriva en la defensa de sus derechos y libertades.

4.- Se considera necesaria la inclusión de un apartado 5 en el precepto para la consecución de su fin en cuanto a la efectividad real de uso de dicho mecanismo para la contratación. Del mismo modo, se entiende conveniente el análisis del artículo 175.1 de la misma norma, en cuanto al plazo de estancia por tres meses en los visados de búsqueda de empleo a seis meses.

El apartado 2 del borrador establece entre las diferentes figuras que podrá establecer la orden anual para la contratación en su apartado c. Visados de búsqueda de empleo.

Se valora de forma positiva la integración de dicho apartado 2, ahora bien, dada la pretensión de apertura por el presente borrador, no es posible dejar de ahondar en dicho supuesto. Para ello se expone lo siguiente:

1. El Visado para búsqueda de empleo establece en el artículo 175.1 de la misma norma “Los visados para búsqueda de empleo autorizarán a desplazarse al territorio español, para buscar trabajo durante el periodo de estancia de tres meses. Si, transcurrido dicho plazo, no hubiera obtenido un contrato, el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, en caso contrario, incurrirá, en la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000”. Tiempo insuficiente para la búsqueda de empleo la consecución de este y el trámite de la autorización.
2. Para que el propósito sea llevado a cabo se requiere un plan efectivo a nivel empresarial, así como a nivel de Servicio de Empleo Público Estatal, de información y difusión de la existencia de dicho mecanismo para la contratación.



De manera que aunando ambos puntos se consiga la efectividad del espíritu de la norma establecida en el presente borrador, dada que la experiencia en años anteriores al periodo de pandemia, nos han hecho aprender que ni las empresas conocen su existencia, así como que el plazo de 3 meses es inequívocamente escaso, como sucedió en el año 2019 con muchos extranjeros de origen argentino.

Lo que nos lleva a solicitar la ampliación del plazo establecido para visado de búsqueda de empleo del artículo 175.1 a 6 meses.

Por otra parte, el párrafo segundo del apartado 3 deja al extranjero en una situación de desigualdad contraria a los derechos y libertades de los mismo en la LOEX 4/2000. Con ello el extranjero ésta a merced las posibilidades del extranjero supeditado a las especificaciones de la orden anual establecidas con arreglo a los intereses políticos. Además, impide al extranjero la consecución del fin buscado en la norma por lo siguiente:

1. El extranjero queda sujeto a ese único empleador hasta al menos un año, independientemente de las condiciones en las que se encuentre en dicha empresa, coartando la libertad, libre mercado e igualdad de condiciones. Situación que puede llevar a que el empresario cometa abusos en las condiciones de empleo.
2. La dificultad de obtener de forma inicial un contrato por un año, dada la situación del mercado laboral son altas.

Recordemos que el artículo 9.2 de la Constitución española exige a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.