

PAPELES DE DISCUSIÓN IELAT

**Nº 2 – Diciembre
2011**

La autorización inicial de residencia temporal y trabajo



**Juan Antonio Sánchez
Hernández**



La autorización inicial de residencia temporal y trabajo

Juan Antonio Sánchez Hernández

Tesina presentada para la obtención de la titulación de Máster en Derecho de Inmigración,
Extranjería y Asilo 2010-2011



Estos papeles de discusión del IELAT están pensados para que tengan la mayor difusión posible y que, de esa forma, contribuyan al conocimiento y al intercambio de ideas. Se autoriza, por tanto, su reproducción, siempre que se cite la fuente y se realice sin ánimo de lucro. Los documentos son responsabilidad de los autores y su contenido no representa necesariamente la opinión del IELAT. Están disponibles en la siguiente dirección: [Http://www.ielat.es](http://www.ielat.es)

Instituto de Estudios Latinoamericanos
Universidad de Alcalá
C/ Trinidad 1
Edificio Trinitarios
28801 Alcalá de Henares – Madrid
www.ielat.es
ielat@uah.es

Consultar normas de edición en el siguiente enlace:
<http://www.ielat.es/inicio/repositorio/Normas%20Working%20Paper.pdf>

DERECHOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY
Impreso y hecho en España
Printed and made in Spain
ISSN 2254-1551

Consejo Editorial

M^ª. Cecilia Fuenmayor
Eduardo Guillén Navarro
Manuel Lucas Durán
Mercedes Martín Manzano
Pedro Pérez Herrero
Eva Sanz Jara
Inmaculada Simón
Vanesa Ubeira Salim
Lorena Vásquez González
Guido Zack

ÍNDICE

- Introducción	11
- Capítulo I	
Marco Legislativo Comunitario y español en materia de extranjería e inmigración	
1 - Las políticas de inmigración e integración en la Unión Europea	
1.1 - Programas de la Unión Europea.....	15
1.2 - Directivas de la Unión Europea en materia de inmigración e integración.....	19
2 - Evolución jurídica en extranjería e inmigración en España	
2.1 – De la Constitución Española de 1978 hasta la primera Ley de extranjería de 1985.....	24
2.2 – La Ley de Extranjería de 1985 y sus Reglamentos de Desarrollo.....	26
2.3 - Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Reformas posteriores. Reglamentos de Desarrollo.....	30
2.3. A) Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.....	31
2.3. B) Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.....	32

2.3. C) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. LO 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.....34

2.3. D) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.....35

2.3. E) RD 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.....36

2.3. F) – Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.....37

- Capítulo II

Distintos tipos de autorización de residencia y trabajo en España.....39

1- La residencia temporal: no lucrativa, lucrativa y reagrupación familiar.....40

1.1 - Residencia temporal no lucrativa.....40

1.2 - Residencia temporal lucrativa.....41

1.3 - Residencia temporal en virtud de la reagrupación familiar.....42

2 - Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales

2.1 - El arraigo.....	46
2.1.1 – Arraigo Social.....	47
2.1.2 – Arraigo Laboral.....	49
2.1.3 – Arraigo Familiar.....	50
2.2 - Mujeres víctima de violencia de género.....	51
2.3 Víctimas de trata y colaboración con la justicia.....	54
2.4 – Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias.....	57
2.5 – Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de menores tutelados que llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia.....	59
3 –Residencia de larga duración.....	61
4 - Residencia temporal y trabajo de duración determinada.....	63
4.1 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada de temporada o campaña.....	64
4.2 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para obras o servicios.....	64
4.3 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada alta dirección, deportistas y artistas.....	65
4.4 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para la formación y prácticas profesionales.....	65
5 - Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.....	66
6 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena estable para extranjeros enrolados en buques y empresas navieras.....	68

7 – Autorización de trabajo para trabajadores transfronterizos.....	69
8 – Autorización de trabajo a penados extranjeros.....	70
8.1 - Autorización de trabajo a penados extranjeros para el desarrollo de actividades laborales en talleres productivos de los Centros Penitenciarios.....	71
8.2 - Autorización de trabajo a penados extranjeros para el desarrollo de actividades laborales en régimen abierto o libertad condicional.....	71

- Capítulo III

Autorización Inicial de Residencia temporal y trabajo: Requisitos.

1 - Autorización Inicial de Residencia temporal y trabajo: cuenta ajena.....	73
2 - Autorización Inicial de Residencia temporal y trabajo: cuenta propia.....	75
3 - La Situación Nacional de Empleo.....	77
4 - Ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura. Excepciones.....	79
5 - Órganos Intervinientes: Servicio Público de Empleo Estatal y la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.	
5.1 - Servicio Público de Empleo Estatal.....	85
5.2 - Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.....	87

- Capítulo IV

Autorización Inicial de Trabajo y Residencia. Procedimiento.

1 - Trabajadores por cuenta ajena. Inicio del procedimiento. Presentación de la solicitud.....	90
1.1 - Admisión o inadmisión a trámite de la solicitud.....	91

1.1. A) - Inadmisión a trámite de la solicitud.....	92
1.1. B) - Admisión a trámite de la solicitud.....	94
1.2 - Obtención del Visado y su procedimiento.....	96
1.3 - Concesión de la autorización de residencia y trabajo.....	98
1.4 - Causas de denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.....	99
2 - Trabajadores por cuenta propia. Inicio del procedimiento. Presentación de la solicitud.....	104
2.1 – Admisión o inadmisión a trámite de la solicitud.....	106
2.2 – Obtención del Visado y su procedimiento.....	109
2.3 – Concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.....	110
3 - La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas tras la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en materia de autorización inicial de residencia y trabajo.....	111
3.1 – Evolución legislativa en la asunción de competencias de las CCAA en materia de extranjería e inmigración.....	112
3.2 – La asunción de competencias en materia de inmigración y extranjería de las Comunidades Autónomas: el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña.....	116

- Capítulo V

Derechos de los titulares de una autorización de residencia y trabajo.

1 - Marco jurídico internacional de protección a favor de los trabajadores migrantes.....	119
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2 - Derechos de los inmigrantes en España. La importancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre: el problema de la titularidad e igualdad en el ejercicio de los derechos.....	120
2.1 – Derechos comunes de los extranjeros y españoles por ser inherentes a la dignidad humana. Los derechos de reunión, manifestación, asociación y libertad sindical.....	122
2.2 – Derechos atribuidos por la CE a los españoles cuyo ejercicio por los extranjeros se condiciona a lo que disponga los tratados y las leyes.....	123
2.3 – Derechos exclusivos de los españoles o de los extranjeros.....	125
3 – Derechos en materia de Seguridad Social. Derecho al trabajo.	
3.1 - Derechos en materia de Seguridad Social.....	127
3.1.1 - Protección por accidentes de trabajo y el desempleo respecto de los trabajadores extranjeros en situación irregular.....	129
3.2 - Derecho al trabajo.....	131
4 – La inscripción en el Padrón Municipal como generador de derechos.....	134
4.1 - Derecho a la asistencia sanitaria.....	135
4.2 - Derecho a la Educación.....	136
4.3 - Derechos de participación pública en el ámbito local.....	137

- Capítulo VI

Autorización Inicial de Trabajo y Residencia. Renovaciones y Causas de extinción.

1 - Renovación en la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.....	138
---------------------------------------------------------------------------------	-----

2 - Renovación en la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.....	140
3 – Extinción de la autorización de residencia y trabajo temporal – Art. 75 RD 2393/2004.....	142
- Capítulo VII	
Novedades en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en la autorización inicial de residencia y trabajo.....	145
- Conclusiones.....	151
- Anexos.....	155
- Bibliografía.....	183

Introducción

En primer lugar y como nota más característica de los movimientos y desplazamientos de personas de un lugar a otro del globo es que no constituyen una novedad de nuestro tiempo ya que han existido prácticamente desde siempre. Normalmente, este movimiento de personas de unos países hacia otros ha contribuido en buena medida al desarrollo de las sociedades y han actuado como elementos enriquecedores de las diversas culturas con las que han entrado en contacto.

Actualmente se ha producido un gran desarrollo de las migraciones debido, principalmente, a la globalización y a la mayor facilidad para moverse gracias a los avances en los medios de comunicación y transporte. A estos factores debe añadirse, además, la persistencia de algunas de las causas tradicionales que continúan encontrándose en la base de la decisión de emigrar como, por ejemplo, los conflictos armados, la violación sistemática de los Derechos humanos en determinadas zonas del mundo, la distribución desigual de las rentas, las elevadas tasas de desempleo, el fuerte crecimiento demográfico, etc.

Tal es la magnitud del fenómeno de las migraciones que en los últimos tiempos ha comenzado a asumirse y consolidarse la idea que sugiere que la materia relativa a la inmigración constituye un ámbito especialmente propicio para la cooperación internacional y para la suscripción de acuerdos en los distintos niveles (subregional, regional, mundial). Así, también, las migraciones internacionales ha ocupado en los últimos tiempos un lugar destacado en las agendas de la unión Europea, de sus Estados miembros y de los organismos internacionales.

El fenómeno de la migración es un fenómeno de una especial sensibilidad y es por ello que la legislación española ha admitido un conjunto de vías alternativas de diverso alcance con el fin de ofrecer diferentes mecanismos de autorización para trabajar por

cuenta o propia que permitieran canalizar el voluminoso número de inmigrantes que ha tenido España como punto de destino. Señalar que los diversos mecanismos de autorización de residencia y trabajo de nuestro ordenamiento jurídico, en algunos casos, tienen interconexión entre sí y pueden actuar, de hecho, como vasos comunicantes, si bien cada uno de ellos tiene su propio perfil jurídico y, por consiguiente, sus requisitos específicos.

Las fórmulas de autorización de residencia y trabajo en España son variadas y en este trabajo nos vamos a centrar en la llamada autorización inicial de trabajo por cuenta ajena y propia, centrándonos únicamente en lo referido a personas extranjeras de terceros países distintos de la Unión Europea pues los extranjeros pertenecientes a países miembros de la Unión Europea tienen un mecanismo totalmente distinto y más ventajoso por pertenecer, sus países, a la Unión Europea y que gracias al Acuerdo de Schengen (que entró en vigor el 26 de marzo de 1995), se acuerda la libertad de circulación de personas y mercancías entre los países suscriptores de dicho Acuerdo. Tampoco vamos a entrar en el estudio de formas excepcionales de acceso a la residencia y/o el trabajo existentes en nuestro ordenamiento jurídico como es el caso de las figuras de las regularizaciones extraordinarias, las figuras del asilo y el refugio... por merecer un estudio aparte y que no se pueden explicar sin crear confusión en unas pocas líneas.

Para el estudio de la autorización de residencia y trabajo inicial, en primer lugar, vamos a dar un repaso por la normativa comunitaria, por influir notablemente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que, cada vez con mayor frecuencia, la Unión Europea regula aspectos de las migraciones por considerarlo una “cuestión” común a todos los países de la Unión Europea. Seguidamente, vamos a hacer un repaso por la historia normativa de nuestro país en lo referente a la normativa específica de extranjería. Señalar, que muy recientemente, se ha aprobado el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se

aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril), y que entrará en vigor el próximo 01 de julio de 2011. Nuestro estudio no recoge las novedades de esta nueva modificación en la normativa de extranjería aunque si habrá un último capítulo, el VII, en el que se detallarán los aspectos más significativos y novedosos de esta nueva norma en lo que se refiere a la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

A continuación, en el capítulo II, vamos a repasar sin entrar en detalle en las distintas autorizaciones de trabajo existentes en nuestro país, autorizaciones de residencia no lucrativa, lucrativas, por circunstancias excepcionales, larga duración, etc.

Ya, en los capítulos III, IV y VI vamos a centrar nuestro estudio en la autorización de residencia y trabajo inicial, estudiando sus requisitos, su procedimiento, renovación y por último sus causas de extinción. También haremos mención a la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas respecto de la autorización inicial de residencia y trabajo, que en el caso de la Comunidad de Cataluña es su máximo y, de momento, único exponente y la importancia de una coordinación real y eficaz entre el Estado y las CCAA en esta materia.

Hemos intercalado entre medias de su estudio, en el capítulo V el tema referente a los derechos de los inmigrantes en España justificándolo en que su estudio hay que hacerlo cuando se obtiene o no, y se pasaría a la situación de irregularidad, la autorización de residencia y trabajo inicial (aunque también existe la denominada irregularidad sobrevenida en aquellos casos que en el momento de la renovación de la autorización de residencia y trabajo no se cumple con los requisitos exigidos para renovar, por ejemplo, períodos de cotización).

Por todo ello, este trabajo pretende presentar una visión global de las formas de acceso al trabajo y residencia en España a los extranjeros de terceros países distintos de la Unión Europea y, en particular, de la autorización inicial de residencia y trabajo, que en este período actual de crisis ha perdido mucha importancia respecto a otras formas de acceso pero que, presumiblemente, cuando haya un resurgir económico en España puede volver a tener una importancia vital como forma de acceso al trabajo en España para los emigrantes de países terceros distintos a la Unión Europea.

Capítulo I

Marco Legislativo Comunitario y español en materia de extranjería e inmigración

1 - Las políticas de inmigración e integración en la Unión Europea.

1.1 - Programas de la Unión Europea.

La Unión Europea es, hoy por hoy, la principal área receptora de inmigrantes y, por lo tanto, donde surgen los mayores enfrentamientos de carácter social relacionados con este fenómeno demográfico.

Lo primero que hay que resaltar es que aunque no haya una regulación única, común a todos los Estados Miembros en derecho comunitario en materia de extranjería e inmigración, existen aproximaciones a ello ya que, y esto es importante, la apertura a la inmigración por parte de un Estado de la Unión implica una apertura a la inmigración a los otros Estados, convirtiendo a cada Estado en guardián de las fronteras laborales comunitarias por ello se ha tendido a una progresiva “comunitarización” de la política migratoria, así, en este sentido, el Título IV del Tratado de Ámsterdam incluye, junto a los temas de asilo, refugiados y personas desplazadas, la temática de los derechos de los ciudadanos de terceros países (art. 63) y el control de las fronteras, poniendo en estrecha relación la política de seguridad de los Estados, la de inmigración, y la protección del mercado de trabajo nacional.

Resulta significativo que los primeros pasos que se dieron en la Unión Europea para coordinar la política migratoria se hizo en los **Acuerdos de Schengen** (firmado originariamente en 1985 por Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo y su convenio de aplicación en 1990, no entrando en vigor hasta el 26 de marzo de 1995; España firmó su adhesión el 25 de junio de 1991, junto con Portugal) y la consecuente **Convención de Dublín** (firmada el 15 de junio de 1990 y entrando en vigor el 01 de septiembre de 1997), incluyendo el objetivo de la lucha contra la inmigración ilegal.

Contrasta el paralelismo entre la profundización de la libre circulación de ciudadanos comunitarios en el **Tratado de Maastrich** de 1992 (art. K.1) y el reforzamiento de las competencias comunitarias en materia de inmigración tras el **Tratado de Ámsterdam** de 1997 (arts. 63.3 a), 63.3 b) y 63.4 TCE), permitiendo la coordinación de las restricciones nacionales de ciudadanos de terceros países y por tanto acentuando la diferenciación y segregación del inmigrante procedente de terceros países.

Haciéndose eco de las competencias atribuidas al Consejo por el art. 63.3 del Tratado CE, el **Consejo Europeo de Tampere** de octubre de 1999 insistió que Europa tiene que dar un enfoque global en política de inmigración y utilizar resortes jurídicos adecuados, fijando como la primera medida el establecimiento de normas comunes en materia de primera admisión de extranjeros en el territorio de un Estado miembro por razones de empleo, actividad económica independiente, estudios y reagrupación familiar y fijando una política de inmigración y asilo que se asienta sobre cuatro pilares fundamentales:

- 1) Colaboración con países de origen.
- 2) Un sistema europeo común de asilo.
- 3) Una adecuada gestión de los flujos migratorios.

4) Y, el trato justo a los nacionales de terceros países, concediéndoles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.

Transcurridos cinco años del Consejo Europeo de Tampere, se elaboró un nuevo *“programa de acción plurianual para la consolidación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”*, aprobado por el Consejo Europeo, los días 4 y 5 de noviembre de 2004, y conocido como **Tampere II o Programa de La Haya** y, en cuyo

programa se incluirá para la consecución y consolidación de la libertad una integración acertada de los ciudadanos de terceros países residentes legales en la UE.

En este sentido también, la Comisión Europea, en su Comunicación sobre inmigración, integración y empleo del año 2003 considera que *“una buena integración de los inmigrantes es a la vez una cuestión de cohesión social y un requisito de eficacia económica”*.

El 11 de enero 2005 se elaboró por parte de la Comisión Europea el denominado **Libro Verde** sobre el planteamiento de la Unión Europea sobre la gestión de la inmigración económica. Constituye la primera ocasión en la que se pretende abordar y desarrollar en lo concreto una intervención global sobre la inmigración, que diseñe una política integral en materia de inmigración que materialice en la práctica todos los objetivos genéricos acordados en su día en la cumbre de Tampere. Entre las propuestas normativas de armonización para presentar al Consejo contenidas en el Libro Verde se pueden distinguir tres frentes, primero, crear un marco general que describa las condiciones de entrada y residencia aplicables a todos los inmigrantes económicos; segundo, establecer un régimen propio para grupos específicos de inmigrantes en función de las necesidades particulares del mercado de trabajo europeo; y tercero, desarrollar un procedimiento común acelerado para determinados inmigrantes económicos.

Ya en 2006, las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de finales de año se refirieron a una política de inmigración europea comprensiva, considerando que los desafíos y oportunidades de la migración en beneficio de todos debe ser una de las mayores prioridades de la Unión Europea, reiterando las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, el Programa de la Haya de 2004 y el enfoque global de la emigración adoptado en 2005. En ese enfoque global se afirma que las cuestiones

relacionadas con la emigración han adquirido una importancia creciente para la UE y los Estados miembros y que la reciente evolución ha incrementado la preocupación de las poblaciones, siendo necesario un enfoque equilibrado, global y coherente que abarque medidas para luchar contra la inmigración ilegal y aproveche los beneficios de la inmigración legal. Así, el Consejo Europeo sentó de forma más detallada las bases para una política migratoria tendente a la elaboración de políticas migratorias positivas y para enfrentarse a la emigración ilegal y no regulada que constituyen un problema común en muchos de los Estados miembros. En palabras del Consejo Europeo (Bruselas, 2007), “la política global europea de migración que complementa a la de los Estados miembros sigue siendo una prioridad fundamental para afrontar los desafíos y aprovechar las oportunidades que representan para la Unión las migraciones en una nueva era de globalización”.

En el 2008, el 17 de julio, la Comisión adoptó una Comunicación relativa a una política común de migración para Europa, que incluye diez principios comunes agrupados en tres capítulos, prosperidad, solidaridad y seguridad. Así, se trata de un nuevo enfoque que acepta que la migración contribuye al bienestar económico europeo, pero sólo si funciona la integración y se responde a los retos de la migración legal, facilitando un marco más coherente e integrado de las políticas nacionales y de las instituciones europeas, a través de un nuevo mecanismo de supervisión y evaluación.

En esta línea, también en 2008, el Consejo Europeo aprobó en octubre el **Pacto Europeo sobre la inmigración y el asilo**, teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y las capacidades de acogida y favoreciendo la integración del inmigrante.

Si bien ha existido un debate abierto sobre el alcance y nivel de competencias comunitarias en integración de inmigrantes, con el nuevo **Tratado de Lisboa** dicho dilema parece haberse zanjado atribuyéndose a las instituciones europeas un papel

activo en integración pero sin reconocimiento de competencias específicas que pudieran hacer prever una comunitarización, un ejemplo en este sentido es el nuevo artículo 69 B apartado 4º donde se especifica que tanto el Parlamento Europeo como el Consejo podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio. En un sentido parejo se expresa igualmente el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su artículo 267.4.

1.2 - Directivas de la Unión Europea en materia de inmigración e integración.

Repasando los programas de la Unión Europea desde el año 2000 en materia de extranjería e inmigración, las instituciones comunitarias han asumido su responsabilidad en materia de integración de inmigrantes desarrollando una importante actividad a través de las siguientes tres vías:

- Por un lado, mediante el establecimiento de un marco jurídico común sobre no discriminación, así como mediante el reconocimiento de derechos y prerrogativas semejantes a los de los ciudadanos de la UE.
- En segundo lugar, a través de Comunicaciones y otros actos normativos de la Comisión que van diseñando un marco común para la integración.
- Y, por último mediante la dotación de instrumentos específicos de financiación, así como de coordinación a un doble nivel, entre los Estados miembros, y éstos con la UE.

En este sentido, la actuación comunitaria en materia de integración adoptó un paquete de medidas antidiscriminación formada por los siguientes tres instrumentos:

- En primer lugar, la **Directiva 2000/43/CE**, de 29 de junio, para la lucha contra la discriminación por razones de origen racial o étnico, destinada a aplicarse en los ámbitos del empleo, la formación, la protección social (incluida la salud y la seguridad social), la educación y el suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda.

- En segundo término, la **Directiva 2000/78/CE**, de 27 de noviembre, para luchar contra la discriminación en el empleo por razones de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

- Y, en tercer lugar, complementan estas dos directivas, un programa de acción contra la discriminación, aprobado mediante la **Decisión 2000/750/CE**, de 27 de noviembre, que se ha ejecutado durante seis años, a partir del 1 de enero de 2001, y que ha contado con un presupuesto de casi 100 millones de euros para actividades contra la discriminación por razones de raza u origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. En concreto, las actividades desarrolladas se han centrado en:

- a) El análisis de la discriminación en los Estados miembros y la evaluación de los métodos para combatirla;
- b) Reforzar la capacidad de las organizaciones que luchan contra la discriminación, mediante intercambios transnacionales y financiación básica de ONGs., y
- c) Promover la toma de conciencia respecto de la discriminación y de las medidas para combatirla en la UE.

En el año 2003, se asistió a la aprobación de dos Directivas con incidencia directa en cuanto a las condiciones de integración y permanencia de los ciudadanos de terceros países residentes legales en la UE: la *Directiva 2003/86/CE*, de 22 de septiembre, sobre reagrupación familiar y la *Directiva 2003/109/CE*, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Mediante ambas Directivas se intenta aproximar el estatuto del nacional de tercer país al que disfrutaban los nacionales de los Estados miembros gracias a la reglamentación comunitaria.

Por otro lado, desde el año 2002 se cuenta con un modelo uniforme de permiso de residencia gracias a las *Directivas 2004/114/CE* y *2005/71/CE* se ha producido la

armonización en cuanto a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países, por un lado, a efectos de estudios, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado y, por otro, a efecto de investigación científica (Reglamento (CE) nº. 1030/2002, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DO L nº 157, de 15.6.2002). Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO L nº 375, de 23.12.2004). Directiva del Consejo 2007/71/CE, de 12 de octubre de 2005, relativa al procedimiento de admisión de nacionales de terceros países a efecto de investigación científica (DO L nº 289, de 3.11.2005)).

En cuanto al acceso al mercado laboral, si bien parece cada vez más difícil la aprobación de la Propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas, la armonización europea en este sentido no se ha abandonado sino que ha optado por nuevas vías, es decir una unificación normativa gradual acordando propuestas legislativas sectoriales como por ejemplo la *Propuesta de Directiva sobre el establecimiento de condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países a efecto de un empleo altamente cualificado*, presentada por la Comisión el 23 de octubre de 2007.

Más recientemente se ha rechazado por 306 votos a favor, 350 en contra y 25 abstenciones, la *Directiva de "permiso único"* pensada para simplificar los trámites de residencia y trabajo para los nacionales de terceros estados que quieran trabajar por cuenta ajena o propia en la Unión Europea.

Ha sido una Directiva muy polémica pues se le criticaba que no garantizaba en todos los casos que los trabajadores extracomunitarios y del interior de la UE tuvieran los mismos derechos en materias de derecho a pensión, vivienda, protección social, becas o educación permanente, así, las derogaciones más significativas son las referidas a la exportación de pensiones, el reconocimiento de prestaciones familiares, el derecho a la vivienda, a la formación y a la educación permanente. Un ejemplo: un emigrante turco o marroquí que haya trabajado en Alemania, no podrá recibir su pensión en su país de origen si decide retirarse allí. Deberá permanecer en el país donde haya trabajado, a no ser que la legislación de este último se lo permita.

Hay que indicar que este texto fue presentado por el Ejecutivo comunitario en 2007, y para ser aprobado esta vez, después de su rechazo, necesitará no sólo el visto bueno de los Gobiernos, sino también del Parlamento Europeo, en virtud del procedimiento de "codecisión" previsto por el Tratado de Lisboa en materia social. Hay que resaltar el órgano de aprobación elegido pues fue el Consejo de Ministros de Justicia e Interior, no en el de Empleo y Asuntos Sociales como cabría de esperar debido al tema tratado por tanto siendo significativo del tipo de aproximación por el que ha optado la Unión a la hora de regular los derechos de los trabajadores extranjeros.

Tras el rechazo el 14 de diciembre de 2010, le tocará a la Comisión Europea decidir si modifica o renueva totalmente el texto para proponer una nueva Directiva que regule y simplifique la inmigración legal dentro de la UE.

Por último, vamos a comprobar a continuación como esta Directiva ha sido bastante polémica a nivel político y recogeremos distintas opiniones de diversas agrupaciones políticas de distinta tendencia política cada uno. Así, por ejemplo, los eurodiputados "verdes" europeos y el grupo socialista europeo, mostraron su disconformidad porque consideran que se utilizará para contratar trabajadores más baratos sin los mismos

derechos ni garantías que el resto poniendo como ejemplos los casos de los temporeros, desplazados, trasladados por empresas a terceros países, prestadores de servicios, los solicitantes de protección internacional así como los demandantes de asilo, en este sentido, señala Alejandro Cercas, eurodiputado del PSOE que esta Directiva “*es peligrosa para la igualdad, porque consagrará una mano de obra de bajo coste y acabaría fomentando la xenofobia y el odio a los inmigrantes*” aunque no afectaría directamente a España, ya que la protección del inmigrante está reforzada en la legislación nacional y a través de los convenios del Consejo de Europa sobre la materia que han sido suscritos (Diario La Voz de Asturias, 14 de diciembre de 2010). Por otro lado, en palabras de Raül Romeva (ICV-Verds). “*Nos podemos encontrar con que en los hoteles y restaurantes europeos comiencen a trabajar trabajadores temporeros con muchos menos derechos que los ciudadanos de la UE, consolidando un nuevo y moderno concepto de esclavitud*” (Diario Público, 14 de diciembre de 2010). A sensu contrario, el Partido Popular Europeo aseguró que la directiva busca “responder a las necesidades del mercado laboral” y luchar “contra la competencia desleal en detrimento de los trabajadores europeos”. También, en palabras de la comisaria de Interior, la sueca Cecilia Malmström, “*se trata de dar valor y reconocimiento a la aportación de los inmigrantes a nuestros Estados miembros*” (Diario La Razón, 14 de diciembre de 2010). También en este sentido señala Véronique Mathieu, eurodiputada del Partido Popular Europeo y ponente de la directiva (*Ponencia sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro* (COM(2007)0638 – C6-0470/2007 –

2007/0229(COD))), sostiene que la exclusión de los temporeros y los trabajadores trasladados dentro de su empresa *"está justificada porque la Comisión ha presentado propuestas de directivas específicas para estas categorías"*. En su opinión, *"incluir a estos trabajadores en esta propuesta obligaría a modificar todo el proyecto inicial de la Comisión y aplazar aún más su adopción"* (Diario El País, de 13 de diciembre de 2010).

2 - Evolución jurídica en extranjería e inmigración en España.

2.1 – De la Constitución Española de 1978 hasta la primera Ley de extranjería de 1985.

Como consecuencia de la prosperidad económica vivida por España a finales del siglo XX, España, se convirtió en un país de inmigración y hubo que empezar a regular jurídicamente este fenómeno puesto que hasta ese momento España, sobre todo, era un país emigrante.

De acuerdo con el profesor Antonio Álvarez del Cuvillo *"la transición política coincidió con una profunda crisis económica internacional y con el desmantelamiento del sector industrial que se había desarrollado durante la segunda mitad del período franquista; durante este período las tasas de desempleo eran muy elevadas y no se planteaba de ningún modo la necesidad de reclutamiento masivo de mano de obra extranjera"* (Álvarez del Cuvillo, Antonio, 2010, p 3). Es por ello que puede ser que la Constitución no regule con mayor profundidad el fenómeno de la inmigración y se limita a recoger el estatuto jurídico de los extranjeros en su artículo 13.

Así, antes de la publicación de la primera norma de extranjería de 1985, se dictaron por el Tribunal Constitucional solamente dos sentencias sobre la materia de extranjería, la STC 11/1983, de 21 de febrero de 1983 (EDJ 1983/11) (interpuesto contra un auto dictado por la Audiencia Nacional, de 23 de septiembre de 1982) que a pesar de que se trata del primer recurso de amparo constitucional interpuesto por un extranjero, el

Tribunal no hace ningún comentario general en relación con el régimen jurídico-constitucional de los no nacionales limitándose a resolver el fondo del asunto partiendo de la consideración de que los derechos recogidos en el art. 24 CE se atribuyen a “todos”, tanto a los ciudadanos españoles como a los extranjeros.

La segunda de las sentencias es la STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, (EDJ 1984/107) relativa a determinar si desde el punto de vista constitucional los ciudadanos extranjeros deben ser tratados igual que los españoles en relación con la contratación laboral haciendo una serie de consideraciones generales en torno al estatuto constitucional de los extranjeros, que constituirán, durante años, el punto de referencia de doctrina y jurisprudencia, determinando respecto a los derechos contenidos en el Título I de la C.E y las libertades públicas que tal reconocimiento:

“se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley“.

2.2 – La Ley de Extranjería de 1985 y sus Reglamentos de Desarrollo.

A mediados de la década de los ochenta se publica la primera ley de extranjería e inmigración, que se mantuvo durante quince años y data de 1985 que se concreta en la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros en España* (“su antecedente más inmediato lo encontramos en el fallido Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, presentado en 1981 por el Gobierno de Unión de Centro Democrático (BOC de 11 de mayo de 1981, Serie A, núm. 194-1), cuya tramitación parlamentaria no pudo completarse por disolución de las Cámaras en julio de 1982. Aunque existe una gran

similitud entre este primer Proyecto con la que sería la redacción final de la Ley 7/1985, se puede decir que el Proyecto de 1981 resultaba menos conflictivo y más conforme con la Constitución en cuestiones tan importantes como el internamiento de extranjeros sujetos a un procedimiento de expulsión, o la suspensión, en caso de interposición de recurso, de la ejecución de resoluciones de expulsión” (Camino Vidal Fueyo, 2001, p 171)) cuyo Preámbulo se refería a la necesidad de elaborar una norma que *“recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería evitando la proliferación de disposiciones de distinto rango”*. Junto a este objetivo, esta primera Ley de extranjería nace, también en palabras de su Preámbulo, con el propósito de cumplir el mandato constitucional previsto en el art. 13.1 CE, pues *“se hace necesaria una regulación que concrete su alcance”*. Más adelante destaca la preocupación por *“reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades”*.

Esta norma respondió a la entrada de nuestro país en la Unión Europea y todo el conjunto de requisitos por ella establecidos además de, sistematizar y dar rango de ley a un conjunto normativo que anteriormente estaba disperso. Ciertamente, esta ley constituía un avance en lo que refiere a las garantías respecto a la normativa preconstitucional pero, aún así, seguía estando centrada en el control de la población extranjera, maximizando la discrecionalidad administrativa. De hecho, la ley fue impugnada y varios de sus preceptos fueron anulados por el Tribunal Constitucional por STC 115/1987, de 29 de julio de 1987 (EDJ 1987/115), por el que se impugnaros los arts. 7, 8, 26 y 34 relativos al derecho de reunión, asociación, a la intervención del juez en la detención e internamiento y a la imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas. Por su parte, el primer reglamento de desarrollo de la Ley de

Extranjería, *Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo*, continuó enfatizando los aspectos policiales y de control y favoreciendo la arbitrariedad de las autoridades.

A partir de estas fechas se consagra en España el principio de reclutamiento en origen (que conforme al art. 39.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se trata de un procedimiento en el que “el Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España”), que, con algunos matices, se ha mantenido hasta la fecha como un elemento esencial del sistema. Así, el art. 51,1, a) RLOE 1986, aprobado por RD 1119/1986 de 26 mayo, establecía que la *"autoridad laboral... podrá solicitar los informes que juzgue necesario y, en todo caso, a) el de la oficina del INEM de la provincia o provincias en las que pretenda trabajar el extranjero"*. El informe era, entonces, preceptivo, en consonancia con el monopolio que ejercía el INEM en materia de colocación.

Como señala el profesor Antonio Álvarez del Cuvillo “coincidiendo con la recuperación económica, se promulgó un nuevo Reglamento de Extranjería, el *Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero*,... que introdujo algunos parámetros de normalización e integración de la población extranjera... estableciendo, además, un proceso de regularización extraordinaria, que en este caso se dirigía exclusivamente a los extranjeros que habían sido anteriormente titulares de una autorización de residencia o de residencia y trabajo” (Álvarez del Cuvillo, Antonio, 2010, p 6). Además, su art. 96 modificó sensiblemente la contratación en origen al establecer la exigencia por parte de la autoridad competente de *"los informes que juzgue necesarios y, en particular, a)*

cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena, de los servicios públicos de empleo, referida al área geográfica, actividad económica y grupo de ocupaciones, a que se refieran las solicitudes".

Con independencia del carácter obligatorio o potestativo del informe del INEM, las denegaciones de permisos de trabajo habían de ser motivadas y los pronunciamientos judiciales se decantaron por un ajuste de la valoración de la situación nacional de empleo (que es una de las formas de adquisición de una autorización de residencia y de trabajo en España para extranjeros que se encuentren en su país de origen. El Gobierno presentará trimestralmente un catálogo de difícil cobertura, esto es, profesiones que el mercado español no abastece y que tiene que exportar del extranjero), en el sentido de que la denegación exigía acreditar que hubiese españoles que optasen a la concreta ocupación para la que se solicitaba la autorización administrativa de trabajo, en este sentido, STS de 21 septiembre 1990 (EDJ 1990/8514) y STS de 23 marzo 1998 (EDJ 1998/2035). Ahora bien, se presumía tal extremo, trabajadores españoles que pretendieran la ocupación cuando existieran desempleados en el sector de actividad en cuestión, siempre que el puesto de que se tratase no exigiera especializaciones o conocimientos particulares, en este sentido, STS de 1 abril 2003 (EDJ 2003/15120) y STS de 25 marzo 2003 (EDJ 2003/7066).

Las principales vías para afrontar el problema de la precariedad laboral y la economía sumergida de este sector de la población fueron, de un lado los procesos de regularización extraordinaria y, de otro lado, la discrecionalidad administrativa.

La primera de las regularizaciones extraordinarias (las cuales no explicaremos detalladamente en este trabajo puesto que son formas muy extraordinarias de acceso a los permisos de residencia y trabajo en España y que tienen más que ver con la situación coyuntural del momento) se produce en 1985 al hilo de la Ley de Extranjería. En el año

1991 se lleva a cabo un nuevo proceso de regularización a partir de las líneas de política migratoria definidas por la Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991 del Congreso de los Diputados. Entre las líneas marcadas por el Congreso se planteaba la fijación de un contingente anual de extranjeros (es una modalidad de contratación de trabajadores extranjeros que se caracteriza por ofrecer empleo a personas no residentes en España, en determinadas ocupaciones laborales, y para determinadas provincias), con objeto de gestionar colectivamente las necesidades de mano de obra y de evitar, por tanto, las distorsiones que estaba provocando la imposibilidad real de poner en contacto la oferta y la demanda de trabajo en origen y es a partir de 1993 cuando comienzan a establecerse estos contingentes anuales. En la práctica, el número de plazas ofertadas era pequeño en comparación con el de los extranjeros que se encontraban irregularmente en España y que tenían contacto con empresarios españoles, de manera que finalmente los puestos eran cubiertos por aquéllos, aunque ciertamente, debían obtener el correspondiente visado en su país de origen, salvo que obtuvieran una exención de visado.

2.3 - Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Reformas posteriores. Reglamentos de Desarrollo.

A partir de mediados de los años 90, la economía española comenzó a recuperarse de la crisis internacional y se inició un ciclo de fuerte crecimiento económico.

En el año 1998 se plantean varias iniciativas de modificación de la Ley de Extranjería que culminarían, tras un largo proceso parlamentario, en la *Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* que fue fruto de un amplio consenso de los distintos partidos políticos y agentes sociales, si bien el partido gobernante se desmarcó de ella durante su tramitación.

Siguiendo al profesor Luis Ángel Triguero Martínez (2009), esta ley se caracterizó por romper con la regulación restrictiva anterior y apostar por una perspectiva que incidía en la integración social, como del mismo título se desprende, “al equiparar a los nacionales con los extranjeros y a estos entre sí independientemente a su condición administrativa de regularidad o irregularidad. Así, era una Ley muy abierta y social que reconocía derechos para todos los extranjeros, más allá de la situación administrativa en que se hallasen”. Por tanto, la nueva ley introducía ya de manera clara una preocupación por la integración social de los extranjeros, respondiendo así al significativo incremento de la población extranjera que se había ido produciendo en la segunda mitad de los años 90.

El Cap. III de esta norma es el que está dedicado al permiso de trabajo y los regímenes especiales. La ley distingue entre la autorización administrativa para trabajar si se van a realizar actividades por cuenta propia, art. 34, y el permiso de trabajo si es por cuenta ajena, art. 35, mejorando también en esta materia las condiciones que establecían en la legislación anterior. En este sentido, la situación nacional de empleo y la existencia de limitaciones geográficas, de sector o de actividad, arts. 35,2 y 4, sólo podrán tenerse en cuenta en la concesión inicial; pero no en las renovaciones posteriores.

En esta ley se mantenía la vigencia del principio formal de reclutamiento en origen y se trató de reforzar el contingente, impidiendo que se utilizara como mecanismo de regularización, dado que sólo los extranjeros que se encontraban fuera de España podían obtener una plaza.

2.3. A) Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Debido a cuestiones políticas, la Ley Orgánica 4/2000 se promulgó en contra de los deseos del partido gobernante, que propuso su modificación en el programa electoral de las elecciones generales que tuvieron lugar ese mismo año y donde este partido salió victorioso por mayoría absoluta. Así pues, emprendió inmediatamente una nueva reforma legislativa, que se materializaría en la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así, de los 63 preceptos que contenía la LO 4/2000, son reformados 54, se añaden seis nuevos artículos, además de una exposición de motivos, se modifica la disposición adicional única y se crean nuevas disposiciones adicionales.

Por lo que se refiere al contingente de trabajadores extranjeros se añade la novedad de que el Gobierno ha de tener en cuenta la situación nacional de empleo y las propuestas que le eleven las Comunidades Autónomas (informes emitidos por éstas sobre la mano de obra que no pueden cubrir con los nacionales españoles residentes en dicha comunidad). También se contiene una expresión sorprendente porque dice que se establecerá el contingente, *"siempre que exista necesidad de mano de obra"*, porque da a entender que pudiera darse la circunstancia contraria, lo que en la situación demográfica actual resulta difícilmente imaginable. También vuelve a hacer referencia al requisito de que los trabajadores no sólo no sean residentes sino que tampoco se hallen en España.

Esta reforma se dirigía claramente a endurecer el régimen de extranjería, acentuando los aspectos de control de los flujos migratorios respecto a los elementos de integración social. Siete años después, el TC declararí la inconstitucionalidad de varios de los preceptos de esta ley por la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/188657) donde se declara que es nulo, ilegal e inconstitucional condicionar el

reconocimiento y el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación y sindicación a los extranjeros inmigrantes en nuestro país a la previa obtención o posesión de autorización de estancia o residencia en España. Asimismo anula tal exigencia para el acceso a la justicia gratuita así como a la educación de naturaleza no obligatoria, otorgándolo en las mismas condiciones que los españoles.

2.3.B) Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

En julio de 2001 aparece el nuevo reglamento de desarrollo de la ley de extranjería, Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. El reglamento fue impugnado y varios de sus preceptos terminaron siendo declarados ilegales por el Tribunal Supremo, la más significativa para nuestro trabajo es la Sentencia del Tribunal Supremo de 01 de marzo de 2006 (EDJ 2006/29296) que resuelve la cuestión de ilegalidad 3/2005, planteada por el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Zaragoza, de 27 abril 2005, en relación al inciso *previo a la solicitud del permiso de trabajo* contenido en el art. 70.1.1.b).

El Tribunal Supremo considera que el inciso relativo a:

"previo a la solicitud del permiso de trabajo", "al exigir e imponer el mencionado carácter previo a la gestión del requisito que regula (oferta negativa de empleo público), permitiendo, por otra parte, la declaración de inadmisión sin el previo trámite de subsanación, vulnera la exigencia de constituir un simple complemento indispensable —en el concreto ámbito del procedimiento para la obtención del permiso de trabajo— de la norma legal de referencia (38,1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social)".

Con esta declaración se confirma que con esa exigencia previa *"la norma reglamentaria está limitando temporalmente de forma ilógica, arbitraria y sin apoyo legal el ejercicio de los derechos de los extranjeros que con la solicitud se activan"*, puesto que, según consolidada jurisprudencia,

"las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la Ley misma (SSTS, entre otras, de 5 y 14 mayo 1972 y 19 junio 1967, etc.), dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y más restrictivos de los contenidos en el texto legal; tesis ya mantenida en la STS de la Sala de 23 junio 1970, y que aquí se reitera".

El precepto anulado era contrario al mandato general contenido en el art. 71 LRJ-PAC, constituyendo este trámite de subsanación tanto un derecho inderogable de todo particular en relación con cualquier procedimiento administrativo, como una obligación de la Administración. Por ello,

"... sin duda, nos encontramos en presencia de una norma reglamentaria, que nos vemos obligados a anular, por cuanto está limitando los derechos o situaciones jurídicas favorables al administrado establecidos por una ley—en este caso, la posibilidad procedimental de subsanar la no aportación inicial de un documento preceptivo para evitar una declaración de inadmisión—, y porque, también está rompiendo la coherencia interna del ordenamiento..."

2.3.C) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. LO 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La Ley de Extranjería vuelve a modificarse en dos ocasiones en el año 2003. En primer lugar, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* cuya finalidad real consistía en proyectar una imagen de preocupación por la inseguridad ciudadana, vinculándola irresponsablemente a la extranjería, en vísperas de unas elecciones locales y autonómicas.

En segundo lugar, puesto que en marzo de 2003, como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo había considerado que varios preceptos del reglamento eran ilegales, el Gobierno decidió modificar la ley para poder aplicar estas políticas más restrictivas y llegó a un acuerdo a tal efecto con el principal partido de la oposición; este proceso desembocó en la *LO 14/2003 de 20 de noviembre*. La nueva ley no se limitó a esta función, sino que supuso una reforma relativamente intensa de la legislación de extranjería.

Por otra parte, resulta muy interesante la aparición, por primera vez en el texto de la ley, de los “visados para búsqueda de empleo” en el marco del contingente. Estos visados son excepciones al principio general de contratación en origen destinados a hijos o nietos de españoles de origen o a determinadas ocupaciones encontrándose exentos de la valoración de la situación nacional de empleo autorizando a su titular a permanecer legalmente en España durante tres meses, plazo en el cual el trabajador deberá buscar un empleo en el sector de actividad y en el ámbito territorial para el que se haya previsto la concesión de la autorización.

De este modo podrían abordarse algunos de los problemas estructurales que impiden tanto la aplicación efectiva del contingente como el reclutamiento en origen a través del régimen general. Estos visados han tenido alguna virtualidad en los diversos contingentes anuales en el ámbito del servicio doméstico (donde el reclutamiento en origen es manifiestamente inviable), pero el número de plazas ofertadas ha sido muy reducido como para que pueda contemplarse un cambio significativo del modelo de reclutamiento.

2.3. D) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el año 2004, el Gobierno recientemente elegido estableció un nuevo reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprovechó la libertad que había proporcionado la última reforma legal para cambiar significativamente, aunque no de manera radical, la orientación de las políticas migratorias. Estos cambios supusieron una cierta racionalización del modelo, destinada a evitar la acumulación masiva de inmigrantes irregulares, que había alcanzado una dimensión verdaderamente preocupante.

Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 01 de marzo de 2006 (EDJ 2006/29296), anteriormente comentada, el art. 50 del nuevo Reglamento regula los requisitos para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, entre los que figura que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero, desarrollando en qué circunstancias dicha situación lo permite, así, que se trate de una ocupación de difícil cobertura (ocupación con menos demandantes nacionales de empleo), de acuerdo con el catálogo que trimestralmente debe elaborar el Servicio Público de Empleo Estatal, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, del denominado Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, de forma tal que la inclusión de una ocupación en este catálogo, supone que ya se ha valorado la situación nacional de empleo, y se ha concluido que la misma permite su cobertura por extranjeros, es decir, que el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el servicio público de empleo concluida con resultado negativo. Como puede apreciarse, se ha obviado toda referencia a la nota temporal de la gestión de la oferta por parte del empresario ante los servicios públicos de empleo, sin que se exija que haya de efectuarse con carácter previo a la solicitud de la autorización de trabajo.

2.3 E) - RD 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre

En el año 2009 se modifica una vez más el reglamento de extranjería *RD 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, pero no se hace como adaptación a ninguna circunstancia económica, sino simplemente para adaptarse a la asunción de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña y Andalucía) de la competencia en la concesión de la autorización inicial de trabajo, de lo cual trataremos en un capítulo específico en este trabajo.

2.3. F) – Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

A finales de 2009, se vuelve a reformar la Ley de Extranjería, LO 2/2009, de 11 de diciembre, que deriva de la exigencia de la transposición de una serie de Directivas comunitarias, por ejemplo la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; el acatamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional del año 2007 (EDJ 2007/251537; EDJ 2007/251538; EDJ 2007/251539; EDJ 2007/251540; EDJ 2007/251541; EDJ 2007/251542; EDJ 2007/222564; EDJ 2007/188657); y, por último, a la entrada en vigor del conjunto de obligaciones derivadas de la ratificación y entrada en vigor del Convenio N° 197 del Consejo de Europa, sobre la lucha contra la trata de seres humanos y todo ello sin dejar

de tener presente adicionalmente la exigencia de adecuar esta legislación al conjunto de postulados establecidos en el Pacto Europeo para la Inmigración y Asilo, con el fin de incluirla en el proceso de articulación y definición de una política común europea que tiene los objetivos principales de la consecución de una inmigración legal y ordenada, la lucha contra la inmigración ilegal y el favorecimiento de la integración de los inmigrantes legales a través de los derechos. El legislador aprovecha para incorporar al texto de la Ley algunas de las novedades que había establecido en el reglamento de 2004 y para introducir algunos cambios adicionales. La reforma es significativa en el sentido de que afecta a un número muy grande de artículos, pero no supone cambios verdaderamente sustanciales.

Muy en consonancia con ello, aparecen novedades claramente destinadas a la consecución de una inmigración ordenada, legal y vinculada a las necesidades de nuestro mercado de trabajo. Tal es el caso, por ejemplo, de la regulación con detalle de la situación nacional de empleo en el marco del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura o el límite a una ocupación y ámbito territorial de las autorizaciones de trabajo iniciales, que dependerán de las Comunidades Autónomas que específicamente tengan competencia al respecto.

Capítulo II

Distintos tipos de autorización de residencia y trabajo en España

Los trabajadores inmigrantes podrán permanecer en territorio español en condiciones de legalidad siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos y estén asistidos de las correspondientes autorizaciones. Conviene precisar que estos permisos no constituyen, de por sí, documentos de identidad, ya que, en todo caso, su validez queda condicionada a la posesión de pasaporte u otro documentos válido para entrar en España. Se trata, pues, de autorizaciones administrativas que habilitan para permanecer en territorio español por períodos de más o menos larga duración y que determinan la legalidad de la estancia o residencia, además de disponer de un permiso de trabajo en el caso que se quieran establecer en España para la realización de actividades laborales.

Es importante señalar que estas autorizaciones son procedimientos de control, de residencia, de trabajo o de ambas en los que las autoridades de nuestro país comprueban que una determinada situación es conforme a las leyes, de modo que, una vez hecha esta comprobación, formalizan esta decisión de permitir la actividad.

Trabajar en España implica acogerse a alguna de las modalidades de autorización que el ordenamiento contempla. En cada una de ellas aparece, o bien la intención por “atraerlos” a la legalidad, o bien, sobresale el interés por canalizar la entrada de trabajadores extranjeros hacia los sectores productivos especialmente receptores de dicha mano de obra, enlazando con los diferentes tipos y modalidades de contratación laboral vigente.

Hay múltiples diferencias entre los mecanismos de autorización para trabajar por cuenta ajena o propia por lo que hay múltiples variables en juego que permiten diversas posibilidades clasificatorias. Vamos a explicar brevemente, sin entrar en cuestiones de fondo, las diversas autorizaciones de residencia y de trabajo existentes en nuestro país

para ciudadanos no comunitarios, ni familiar de ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza al que le sea de aplicación el régimen comunitario.

1- La residencia temporal: no lucrativa, lucrativa y reagrupación familiar.

La LOEx en su artículo 31 define la residencia temporal como aquella que “*situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años*”; y prevé diferentes tipos de permiso de residencia temporal, estos son:

1.1 - Residencia temporal no lucrativa.

Aparece recogido en los arts. 30bis y 31 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 35-37 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre y es aquella cuya vigencia autoriza a residir pero no a realizar una actividad laboral o profesional siendo necesario el acreditar medios de vida suficientes para atender los gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia durante el periodo de tiempo por el que la solicite. Además, deberán de carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; no deben de tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en los Estados miembros del Espacio Schengen; no deben padecer ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional y no encontrarse irregularmente en territorio español. Lo solicitarán personalmente en la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia y en el caso de concesión del visado de residencia, el extranjero dispone de un mes desde la notificación para recogerlo personalmente. Una vez recogido el visado, el solicitante deberá entrar en territorio español en el plazo de vigencia del visado, que en ningún caso será superior a tres meses. Una vez en España, en el plazo de un mes desde la entrada, deberá solicitar, personalmente, la Tarjeta de Identidad de

Extranjeros en la Oficina de Extranjeros o, en su defecto en la Comisaría de Policía correspondiente a la provincia donde tenga fijado su domicilio.

Según datos de la Secretaría de Estado de Inmigración e Inmigración en su informe de 01 de marzo de 2011 “Extranjeros residentes en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2010. Principales Resultados” las autorizaciones de residencia no lucrativa suponen el 7,59% de las 484.553 autorizaciones de residencia temporal (lo que supone el 19,19% del total de los distintos tipos de autorizaciones) emitidas a fecha 31 de diciembre del año 2010 en España.

1.2 - Residencia temporal lucrativa.

Aparece recogido en los arts. 36-38 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 48-70 y 77-84 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, siendo las modalidades de autorización de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.

La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena se concede en la mayoría de ocasiones para una concreta zona geográfica, para un determinado sector de actividad y por un tiempo concreto. La autorización por cuenta ajena inicial deberá solicitarse por el empleador y posteriormente será el propio extranjero el que lo renueve. En el supuesto de autorización por cuenta propia la ley establece que debe cumplir con todos los requisitos que la legislación exige para el desarrollo de la actividad, la solvencia económica.

Según datos de la Secretaría de Estado de Inmigración e Inmigración en su informe de 01 de marzo de 2011 “Extranjeros residentes en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2010. Principales Resultados” las autorizaciones de residencia y trabajo iniciales suponen el 6,07% de las 933.448 autorizaciones de residencia temporal emitidas a fecha 31 de diciembre del año 2010 en España.

No nos extendemos más en su desarrollo y explicación puesto que el grueso de este trabajo se centrará precisamente en este tipo de autorizaciones.

1.3 - Residencia temporal en virtud de la reagrupación familiar.

Aparece recogido en los arts. 16 de la -19 LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 38-44 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

Para que un extranjero ejerza el derecho de reagrupación familiar deberá solicitar personalmente ante la autoridad gubernativa de la provincia en la que resida una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar acreditando que:

- Es titular de una autorización ya renovada (en el caso de los ascendientes será necesario que el reagrupante tenga una residencia de larga duración),

- Que dispone de un alojamiento adecuado,

- Dispone de medios de subsistencia suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia una vez reagrupadas, y

- Que el familiar que quiere reagrupar se encuentra incluido en alguno de los siguientes supuestos:

- Su cónyuge, siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho ni casados en fraude de ley. Se equipara al cónyuge a todos los efectos la pareja que mantenga con el extranjero una relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que dicha relación se encuentre acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

- Sus hijos o los de su cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de 18 años o mayores discapacitados que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades (si lo son de un solo cónyuge, éste habrá de ejercer

la patria potestad en solitario o tener otorgada la custodia, y tenerlo efectivamente a su cargo).

- Los menores de 18 años o mayores discapacitados que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades, cuando sea su representante legal.

- Sus ascendientes en primer grado o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo, (se entenderán a su cargo cuando se acredite que al menos en el último año de su residencia en España ha transferido fondos o soportado gastos familiares en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva), sean mayores de 65 años (salvo que concurran razones de carácter humanitario) y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia.

Es importante señalar que los familiares reagrupados podrán, a su vez, ejercer el derecho a reagrupación familiar siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenida independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos establecidos para el ejercicio de dicho derecho. En el caso de ascendientes reagrupados será necesario, además, la obtención de la residencia de larga duración.

El cónyuge e hijos mayores de 16 años (edad laboral) reagrupados, estarán habilitados para trabajar automáticamente sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Los hijos reagrupados cuando alcancen la mayoría de edad, 18 años, podrán obtener una autorización de residencia independiente y dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades. En este mismo caso se incluiría al cónyuge reagrupado pero, además, en caso de violencia de género, podrá obtener una autorización de residencia y trabajo independiente cuando exista orden judicial de protección o en su defecto informe del Ministerio Fiscal sobre tales extremos.

Por lo que respecta a su procedimiento, se presentará personalmente con cita previa en la oficina de extranjeros donde se haya obtenido la cita y se cumplimentará una solicitud por cada familiar a reagrupar. La documentación a presentar será:

- 1 - Pasaporte del solicitante,
- 2 - Copia del pasaporte en vigor de los familiares a reagrupar,
- 3 - Autorización de residencia o de trabajo y residencia ya renovada o primera autorización y resguardo de la solicitud de renovación,

4 - Acreditación de empleo y/o recursos económicos suficientes, por parte del reagrupante o de su unidad familiar (no computándose los provenientes del sistema de asistencia social). Los trabajadores por cuenta ajena podrán probar medios económicos con la aportación de la declaración de la renta del último ejercicio de todos los miembros de la unidad familiar o certificado expedido por la Agencia Tributaria de las rentas que perciben en el caso de que no estén obligados a realizar la declaración de la renta. Además, habrá que aportar contrato de trabajo y nóminas de todos los miembros de la unidad familiar, junto con el libro de familia o certificados de parentesco que acrediten su vinculación a la misma. Además, se podrán aportar cuentas bancarias y los extractos de los movimientos bancarios de al menos los últimos doce meses. Por lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia, tendrán que aportar la declaración de la renta del último ejercicio pudiéndose complementar con las declaraciones trimestrales a cuenta del IRPF del año en curso pudiéndose aportar también las cuentas bancarias y los extractos de los movimientos bancarios de al menos los últimos doce meses.

5 – Acreditación de disponibilidad de una vivienda suficiente para el reagrupante y su familia mediante informe emitido por la Comunidad Autónoma o, en su caso, por el Ayuntamiento (en el caso de que dicho informe no se hubiera emitido en el plazo de 15 días podrá presentarse subsidiariamente acta notarial mixta de presencia y

manifestaciones en los mismos términos, que en la práctica diaria es lo que se está haciendo puesto que en el caso de Madrid tanto la Comunidad como el Ayuntamiento no están emitiendo este informe) que deberá reflejar el título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento.

6 – Contrato de alquiler de la vivienda y tres últimos recibos de alquiler o escritura de propiedad y, en su caso, último pago de la hipoteca. Para viviendas en copropiedad, autorización del resto de copropietarios (señalar que en la práctica diaria, no se está pidiendo).

7 – Volante de empadronamiento donde se relacionen todas las personas que habiten la vivienda.

8 – En los casos de reagrupación del cónyuge, se exigirá declaración firmada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge.

9 – En los casos de reagrupación de ascendientes, escrito explicativo que justifique la necesidad de su residencia en España y que se encuentran a cargo del reagrupante (transferencias dinerarias del último año).

10 – Copia de los certificados originales de nacimiento o matrimonio, en el caso de parejas de hecho, copia de la certificación expedida por el registro público de parejas establecido al efecto con una antelación máxima de 3 meses.

11 – En el caso de hijos de un solo cónyuge, copia del documento original que acredite que ejerce en solitario la patria potestad o tiene otorgada la custodia del menor (sentencia firme de un juzgado de menores del país de origen legalizada) y documentación que justifique que efectivamente está a su cargo (transferencias dinerarias del último año).

12 – En el caso de representación legal de menores o mayores incapacitados, deberá aportarse acuerdo adoptado por la Autoridad Judicial competente del país de origen debidamente reconocido por las autoridades españolas.

Según datos de la Secretaría de Estado de Inmigración e Inmigración en su informe de 01 de marzo de 2011 “Extranjeros residentes en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2010. Principales Resultados” las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar suponen el 8,90% de las 484.553 autorizaciones de residencia temporal (lo que supone el 19,19% del total de los distintos tipos de autorizaciones) emitidas a fecha 31 de diciembre del año 2010 en España.

2 - Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

2.1 - El arraigo.

Debido a que la inmigración irregular es frecuente en España, con las graves consecuencias que ello genera, como la marginalidad y la explotación, el legislador español fue consciente de este hecho y estableció una vía individual de regularización llamada el arraigo y previsto para tres supuestos, el arraigo social, el laboral y el familiar.

Las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, el arraigo, en cualquiera de sus modalidades, deberán presentarse personalmente (excepto menores o incapacitados que podrá presentar la solicitud su representante legal, debiendo acreditar dicha condición) en el modelo EX00 (ver Anexo 1 - Solicitud de autorización de residencia) debidamente cumplimentado.

2.1.1 – Arraigo Social.

El ciudadano extranjero tendrá que acreditar una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, siempre que carezca de antecedentes penales en España y en su país de origen; no tenga prohibida la entrada en España ni

figure como rechazable en el espacio del territorio Schengen; cuente con un contrato de trabajo cuya duración no sea inferior a un año y bien, acredite vínculos familiares con extranjeros residentes o bien presente un informe emitido por el Ayuntamiento correspondiente a su domicilio habitual, que acredite su inserción social .

La documentación a aportar será la siguiente:

1 - Pasaporte completo, título de viaje o cédula de inscripción con una vigencia mínima de cuatro meses.

2 - Certificado de empadronamiento, en su caso, familiar e histórico.

3 - Documentos acreditativos de la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años. Se dará preferencia a los documentos emitidos/registrados por las Administraciones Públicas y que sean originales o compulsados y documentos que contengan datos de identificación del interesado.

4 - Certificado de antecedentes, debidamente traducido y legalizado, en su caso, expedido por las Autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco últimos años anteriores a su entrada en España.

5 - Contrato de trabajo, firmado por ambas partes en el momento de la solicitud, de duración no inferior a un año (en la práctica diaria, según para que sector de actividad se exigirá, incluso, un contrato de duración indefinida, como en el caso de la hostelería), excepto en caso de que el Ayuntamiento recomiende eximir al extranjero de dicho requisito, por tener medios de vida suficientes. Como documentación anexa al contrato se requerirá: copia del D.N.I. o C.I.F. del empleador o del representante legal de la empresa, firmante del contrato de trabajo; copia de las escrituras de la empresa (sociedades civiles o mercantiles); 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 firme el contrato de

trabajo; titulación o capacitación para el ejercicio de la profesión, si procede; en el caso de servicio doméstico, documentos justificativos de garantizar al trabajador una actividad continuada, así como acreditar los medios económicos o capacidad para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, mediante declaraciones del IRPF o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (en la práctica diaria, se está exigiendo, además, copia del DNI del empleador, empadronamiento familiar del empleador y una memoria descriptiva del puesto de trabajo donde se justifique sus funciones y la necesidad de la contratación).

6 - Documentos acreditativos de vínculos familiares en línea directa, con residentes legales (cónyuge, ascendientes o descendientes).

7 - En caso de no existir vínculos familiares, deben presentar informe municipal de inserción social, emitido por el Ayuntamiento correspondiente a su domicilio habitual.

8 - Cuando el ciudadano extranjero alegue que los medios de vida derivan de una actividad lucrativa por cuenta propia, deberá reunir todos los requisitos establecidos en el artículo 58, de las letras a) a la f) del Reglamento 2393/2004. Los requisitos son los siguientes:

- Licencias para la apertura o funcionamiento de la actividad proyectada
- Proyecto de establecimiento o actividad a realizar con indicación de la inversión prevista, la rentabilidad esperada y puestos de trabajo que se prevea crear.
- Acreditar la previsión de que el ejercicio de la actividad producirá recursos económicos suficientes para la manutención del interesado.
- Cualificación profesional exigible o experiencia en el ejercicio de la actividad profesional; titulación necesaria para las profesiones cuyo ejercicio exija homologación específica y en su caso la colegiación.

2.1.2 – Arraigo Laboral.

El trabajador extranjero deberá acreditar una permanencia continuada (cuando las ausencias no hayan superado los 90 días en los últimos dos años) en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen; no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio del territorio Schengen y que demuestre la existencia de relaciones laborales de duración no inferior a 1 año (la que haya tenido lugar de forma continuada o no, con el mismo empleador o diferente empleador, siempre que de forma acreditada su duración no sea, en conjunto, inferior a un año).

La documentación necesaria a aportar será la siguiente:

1 – Pasaporte o título de viaje, en vigor, con una vigencia mínima de cuatro meses.

2 – Acreditar de forma objetiva, la secuencia de una permanencia continuada en España, durante un período mínimo de 2 años.

3 – Certificado de antecedentes penales, debidamente traducido y legalizado, expedidos por las Autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco últimos años anteriores a su entrada en España.

4 – Certificado de empadronamiento.

5 – Acreditar la existencia de relación laboral en España, de duración no inferior a un año, mediante uno de estos documentos:

- Resolución Judicial que reconozca la relación laboral,
- Resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la

Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.

- Acta de conciliación en vía judicial que reconozca relación laboral 1 año ó Informe de la Inspección de Trabajo, que se emitirá, siempre que haya existido Acta de Infracción.

2.1.3 – Arraigo Familiar.

Será necesario que el ciudadano extranjero acredite ser hijo de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles aportando la siguiente documentación:

1- Pasaporte completo, título de viaje o cédula de inscripción con una vigencia mínima de cuatro meses.

2 – Certificado de antecedentes penales, debidamente traducido y legalizado, en su caso, expedido por las Autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco últimos años anteriores a su entrada en España.

3 - Documentos acreditativos del vínculo de parentesco a través de los siguientes documentos:

4 - Certificación del Registro Civil que acredite que el padre o madre del solicitante fueron españoles de origen.

5 - Certificado de nacimiento del solicitante, debidamente legalizado y traducido, en su caso.

2.2 - Mujeres víctima de violencia de género.

Este supuesto de concesión de residencia temporal por circunstancias excepcionales se introdujo por el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en referencia a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

A la espera de la aprobación del Reglamento, que fijará el procedimiento de concesión y renovación de la autorización de residencia y trabajo, así como los criterios y requisitos que deben acreditarse para su concesión provisional y definitiva, es la Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular, en materia de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a favor de la mujer extranjera víctima de violencia de género, la que detalla el procedimiento y requisitos que deben cumplirse, clarificando el contenido del artículo 31 bis.

El primer apartado del nuevo artículo, se limita a recordar que todas las mujeres víctimas de violencia de género, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos derivados de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

El segundo apartado del precepto obliga al instructor a la suspensión del expediente administrativo sancionador, que se incluye como consecuencia de la situación de irregularidad en la que se encuentre la mujer denunciante de la situación de violencia de género. El destino último de este expediente sancionador dependerá del resultado del procedimiento penal, si finaliza con la imposibilidad de acreditar la situación de violencia denunciada, el expediente administrativo sancionador continuará, imponiéndose en él la sanción que corresponda por la permanencia irregular en España. Diferente destino tendrá el expediente sancionador cuando se adopte una sentencia condenatoria, pues la Instrucción, anteriormente mencionada, establece en estos casos la finalización del procedimiento sancionador así como el archivo definitivo del mismo.

De acuerdo con el artículo 31 bis de la LODYLE la mujer extranjera en situación irregular que denuncie la situación de violencia género podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando se hubiese dictado a su favor una orden de protección o exista un Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. No obstante, la autorización de residencia y trabajo no se resolverá hasta que finalice el procedimiento penal, pues la concesión o denegación de esta autorización de residencia temporal y trabajo dependerá de la naturaleza de la sentencia que ponga fin al proceso penal.

La ley no fija los criterios que tendrá en cuenta la Administración para conceder esta autorización provisional, la Instrucción establece que para que le sea concedida a la mujer dicha autorización, es necesario que haya presentado la solicitud de autorización por circunstancias excepcionales (ver Anexo I - Solicitud de autorización de residencia; habrá que marcar la casilla correspondiente a: razones humanitarias: víctima de delito de violencia familiar) y que la mujer carezca de antecedentes penales, no figurando como rechazable en el territorio de algún Estado del territorio Schengen.

Si el proceso penal finaliza con una sentencia condenatoria se notificará a la víctima la concesión de la residencia temporal y trabajo solicitada. Si la víctima no hubiese solicitado la autorización previamente se le informará de la posibilidad de obtener esta autorización y se le otorgará un plazo para que la solicite. De acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 LODYLE es necesario, para la concesión de la autorización de residencia temporal, que la mujer carezca de antecedentes penales en España, o en los países de residencia anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento español, así como que no figure como rechazable.

Por el contrario, si el proceso penal finaliza sin una sentencia condenatoria, la autorización será denegada, perdiendo eficacia, además, la autorización provisional de

residencia y trabajo que se hubiese concedido. Continuándose con la tramitación y resolución de procedimiento sancionador.

La principal novedad de la actual regulación es la concesión, junto con la autorización de residencia temporal de una autorización de trabajo. Anteriormente, únicamente estaba prevista la concesión de un permiso de residencia, debiéndose seguir el procedimiento general establecido en la LODYLE para la obtención del permiso de trabajo. Esta autorización de trabajo facilita a la mujer víctima de violencia de género la obtención de la autonomía económica necesaria para salir de la influencia de su maltratador. Además, la autorización de trabajo prevista en el artículo 31 bis no está supeditada al contenido de los artículos 36 a 38 de la LODYLE, referentes a las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas. Por ese motivo, la autorización habilita para trabajar, por cuenta ajena o cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial. Así como, no se supedita su eficacia al alta de la trabajadora en el Seguridad social, sino que ésta tendrá eficacia desde el día de resolución de su concesión.

2.3 Víctimas de trata y colaboración con la justicia.

El artículo 59 de la LODYLE bajo la rúbrica “*Colaboración contra redes organizadas*” prevé un incentivo legal en el ámbito de extranjería para las víctimas de determinadas actividades de tráfico y explotación que colaboren con las autoridades en la persecución de los autores del delito. La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, introdujo ciertas modificaciones en este precepto que han supuesto una mejora en su regulación.

De acuerdo con este artículo el extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar

exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Para obtener los beneficios previstos en el precepto es necesario que se cumplan de forma acumulativa una serie de requisitos. Debe tratarse de un extranjero, con la condición de víctima, perjudicado o testigo, que se encuentre irregularmente en España (no se tendrá en cuenta si la entrada ha producido de forma irregular o con apariencia de legalidad, por lo que la irregularidad puede ser originaria o sobrevenida).

El cumplimiento de todas las condiciones exigidas en el artículo 59.1 LODYLE puede dar lugar a la exención de la responsabilidad administrativa y, por tanto, a que el extranjero no sea expulsado. Si se acuerda la ausencia de responsabilidad administrativa del extranjero por las posibles sanciones realizadas, éste podrá elegir entre el retorno asistido a su país de procedencia o bien por la obtención de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (ver Anexo I - Solicitud de autorización de residencia, casilla “*colaboración con las autoridades policiales, fiscales o judiciales*”). Además, deben facilitarse los medios necesarios para su integración social y garantizar su seguridad y protección.

En cualquier caso será necesario informar a la persona interesada, sobre las posibilidades que otorga el artículo 59, para que pueda decidir sobre su colaboración, y a la autoridad judicial que instruya el procedimiento penal. El instructor del expediente sancionador hará propuesta a la autoridad que debe resolver sobre la autorización provisional de residencia y trabajo. Señalar que esta regulación del artículo 59 de la LODYLE se aplicará también a los menores de edad.

Las disposiciones del artículo 59 de la Ley se complementan con lo dispuesto en el nuevo artículo 59 bis, introducido en la LODYLE mediante la Ley Orgánica 2/2009. A la espera del necesario desarrollo reglamentario de este artículo debe tenerse en cuenta la Instrucción 1/2010 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre aplicación transitoria, a las víctimas de trata de seres humanos, del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La principal novedad que introduce este precepto es la previsión del denominado período de restablecimiento y reflexión, que tendrá una duración de al menos 30 días, que será concedido a aquellos extranjeros en situación irregular que sean identificados como víctimas de trata de personas. Así, cuando en el seno de un expediente sancionador se ponga de manifiesto la existencia de indicios para creer que una persona extranjera que se encuentre en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos se hará propuesta sobre la concesión de dicho período de reflexión con la finalidad de que la víctima decida libremente si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y en el procedimiento penal. Durante la duración de este período se autorizará la estancia temporal y se suspenderá el expediente administrativo sancionador, o bien la expulsión o devolución que se hubiese podido acordar, debiendo velar la Administración por la seguridad y protección de la víctima, así como por su subsistencia. Una vez concedido el período de reflexión podrá ser revocado por motivos de orden público o cuando la condición de víctima se haya invocado de forma indebida.

Al igual que ocurre en el artículo 59 la autoridad podrá declarar, en estos supuestos, a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y permitir que ésta elija entre el retorno asistido a su país de procedencia o el otorgamiento de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. Esta autorización podrá otorgarse cuando sea necesario, a causa de su cooperación con las autoridades o por la situación

personal en la que se encuentre, mientras se resuelve la concesión de esta autorización, se le otorgará una autorización provisional de residencia y trabajo. Es de especial importancia tener en cuenta que durante la tramitación de las autorizaciones cabe la posibilidad de eximir a la víctima de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima. Durante todo este procedimiento existe una obligación de facilitar a las víctimas los medios necesarios para su integración social para lo cual la colaboración con ONG'S sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de trata de seres humanos será de gran relevancia. También esta regulación del artículo 59 bis de la Ley será de aplicación a los menores de edad.

2.4 – Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones humanitarias.

Aparece recogido en el art. 31.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 45.4 y 46 RD 2393/2004, de 30 de diciembre. Se trata de una autorización de residencia temporal que se podrá conceder a extranjeros no comunitarios que se hallen en España; que carezcan de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en los Estados miembros del Espacio Schengen y, que acrediten alguna de las siguientes circunstancias:

- Ser víctima de delito tipificado en los artículos 311 a 314 del Código Penal, delitos contra los derechos de los trabajadores.

- Ser víctima de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

- Sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o vida.

- Que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implique un peligro para su seguridad o la de su familia y que reúnen el resto de los requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o residencia y trabajo.

En cuanto a la documentación a aportar, será la siguiente:

1 - Impreso de solicitud en modelo oficial (EX 00) por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el extranjero (ver Anexo I - Solicitud de autorización de residencia, casilla "*razones humanitarias: peligro para su seguridad o la de su familia*").

2 - Copia del Pasaporte completo, título de viaje o cédula de inscripción con vigencia mínima de cuatro meses. Deberá exhibirse el documento original en el momento de presentar la solicitud.

3 - Certificado de antecedentes penales expedido por las Autoridades del país o países en que el solicitante haya residido durante los cinco últimos años anteriores a su entrada en España.

4 - Documentación acreditativa de las circunstancias humanitarias, que será:

- Los extranjeros víctimas de los delitos mencionados deberán aportar sentencia.

- Los extranjeros con enfermedad sobrevenida, deberán aportar informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.

- Los extranjeros cuyo traslado a su país implica un peligro para su seguridad o la de su familia, deberán aportar la documentación acreditativa de que su

traslado implica un peligro para su seguridad o la de su familia y la documentación acreditativa de medios económicos. En el caso de carecer de medios económicos propios podrá solicitar personalmente, de manera simultánea con la solicitud de circunstancias excepcionales autorización para trabajar por cuenta ajena o propia, aportando junto al impreso en modelo oficial (EX 05 – Ver Anexo II - Solicitud de autorización para trabajar) contrato de trabajo indicando que entrará en vigor a partir del momento en el que, una vez concedida la autorización, se dé de alta en la Seguridad Social, además, de la documentación del empresario relativa a su solvencia económica y la necesidad de contratación del trabajador (IRPF, IVA, NIF o NIE...). En el caso de solicitar autorización de trabajo por cuenta propia se deberá aportar licencia de apertura y funcionamiento de la actividad, proyecto de establecimiento, documentación de proyecto viable y, si se requiriera, titulación homologada o capacitación o experiencia profesional adquirida.

2.5 – Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de menores tutelados que llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia.

Aparece recogido en el art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y el art. 92 RD 2393/2004, de 30 de diciembre. Se trata de una autorización de residencia temporal que se podrá conceder a menores tutelados (que no se les aplique el régimen comunitario; que carezcan de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; que no tengan prohibida su entrada en España ni el espacio Schengen) que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido autorización de residencia. Se presentará personalmente por el extranjero pudiendo en el mismo acto solicitar la correspondiente autorización para trabajar de manera simultánea con la solicitud de residencia por circunstancias excepcionales o durante el periodo de vigencia de aquélla.

Por lo que respecta a la autorización de residencia será necesario haber sido tutelado por una entidad de protección de menores; haber participado adecuadamente en acciones formativas y actividades de la entidad y tener una recomendación de la entidad de protección de menores para la concesión de dicha autorización de residencia. Por lo que respecta a la autorización de trabajo, que como hemos dicho se podrá presentar en conjunto con la de residencia o durante la vigencia de ésta, se aportará junto al impreso en modelo oficial (EX 05 – Ver Anexo II - Solicitud de autorización para trabajar) contrato de trabajo indicando que entrará en vigor a partir del momento en el que, una vez concedida la autorización, se dé de alta en la Seguridad Social, además, de la documentación del empresario relativa a su solvencia económica y la necesidad de contratación del trabajador (IRPF, IVA, NIF o NIE...). En el caso de solicitar autorización de trabajo por cuenta propia se deberá aportar licencia de apertura y funcionamiento de la actividad, proyecto de establecimiento, documentación de proyecto viable y, si se requiriera, titulación homologada o capacitación o experiencia profesional adquirida.

Según datos de la Secretaría de Estado de Inmigración e Inmigración en su informe de 01 de marzo de 2011 “Extranjeros residentes en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2010. Principales Resultados” las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales suponen el 2,70% de las 484.553 autorizaciones de residencia temporal (lo que supone el 19,19% del total de los distintos tipos de autorizaciones) emitidas a fecha 31 de diciembre del año 2010 en España.

3 –Residencia de larga duración.

Se trata de una autorización que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles y que se concede cuando el extranjero

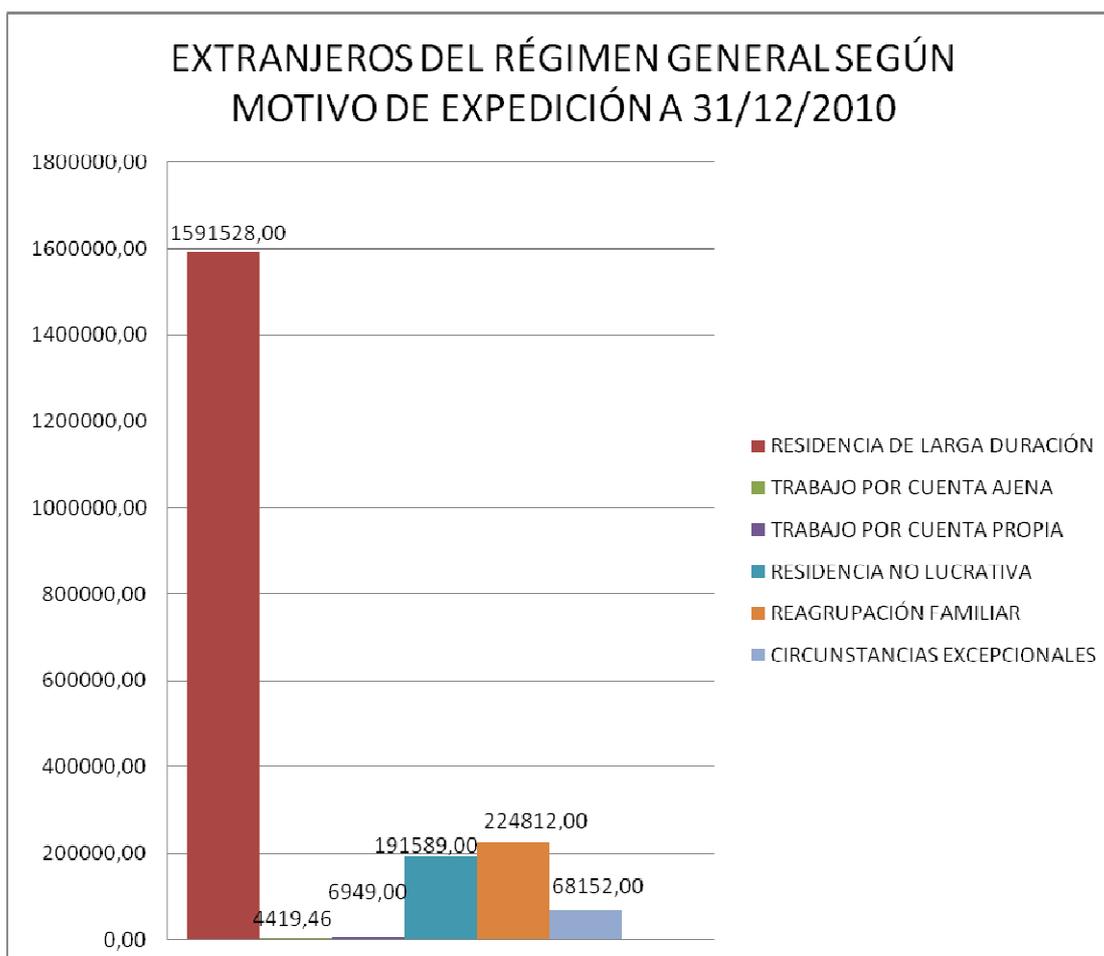
lleva residiendo de forma continuada cinco años, por lo tanto, previamente ha tenido que ir renovando sus permisos de residencia y trabajo de la forma legalmente establecida (si obtuvo un permiso de residencia y trabajo inicial, tuvo, en su momento, que renovar el primer año por dos años y después por otro dos años más).

Por lo que respecta a los requisitos necesarios para poder optar a la residencia de larga duración, (nos vamos a centrar en los supuestos generales y no en casos especiales como pueden ser los extranjeros titulares de la tarjeta azul, larga duración CE en otro Estado Miembro de la UE...), en este caso, únicamente se solicitará carecer de antecedentes penales en el ordenamiento jurídico español.

En cuanto a la documentación a aportar para solicitar la residencia de larga duración también, en este caso, se reducen notablemente respecto a las renovaciones anteriores. Así, habrá que presentar el impreso de solicitud en modelo oficial (EX0); copia completa del pasaporte vigente y hallarse en uno de los supuestos que dan acceso a la residencia de larga duración. Esta documentación será presentada por el interesado o por su representante en la Oficina de Extranjeros junto con el justificante del pago de la tasa correspondiente. En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de residencia de larga duración, el extranjero deberá solicitar personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero (modelo oficial EX15 junto con el justificante del correspondiente abono de la tasa y tres fotografías), en la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, en la Comisaría de Policía correspondiente a la provincia donde tenga fijado su domicilio.

Según datos de la Secretaría de Estado de Inmigración e Inmigración en su informe de 01 de marzo de 2011 “Extranjeros residentes en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2010. Principales Resultados” las autorizaciones de residencia de larga duración suponen el 63,3% emitidas a fecha 31 de

diciembre del año 2010 en España, con un total de 1.591.528 autorizaciones de larga duración concedidas, respecto a las 933.448 de carácter temporal. Destacar, que respecto a la misma fecha del año anterior, ha habido un incremento muy considerable puesto que suponía a fecha de 31 de diciembre de 2009 el 43,41% del total de autorizaciones.



*Gráfico elaborado conforme al informe de 01 de marzo de 2011 “Extranjeros residentes en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2010. Principales Resultados” de la Secretaría de Estado de Inmigración e Inmigración.

4 - Residencia temporal y trabajo de duración determinada.

Son los casos en los que la autorización de residencia y trabajo en España se solicita por un periodo de tiempo inferior a un año. Son los casos de los contratos de temporada; obra o servicio; personal de alta dirección, deportistas o artistas de espectáculos

públicos y contratos para la formación y prácticas profesionales. Aparecen todos ellos regulados en los arts. 36, 38, 40 y 42 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 55-57 RD 2393/2004, de 30 de diciembre y el modelo EX02 (ver Anexo III - Autorización duración determinada) es el que tendrá que presentar el empresario para su solicitud.

4.1 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada de temporada o campaña.

La autorización lo solicitará un empleador o empresario, con una antelación mínima de tres meses al inicio de la actividad laboral para la contratación de un trabajador en actividades de temporada o campaña con una duración de la actividad que tenga un límite máximo de nueve meses, dentro del período de 12 meses consecutivos y, además, con el requisito de que la situación nacional de empleo permita la contratación.

Se requerirá la organización de los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen y asumir, como mínimo, el coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar del alojamiento, así como garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen en anteriores ocasiones, además de, asegurar al trabajador un alojamiento adecuado durante la duración del contrato. El trabajador deberá comprometerse a retornar al país de origen una vez concluida la relación laboral.

4.2 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para obras o servicios.

Se trata de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada que solicita un empleador o empresario para la contratación de un trabajador en obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificación de redes de

suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones. Por lo que respecta a las condiciones del viaje, alojamiento de los trabajadores y demás requisitos nos remitimos al punto anterior.

4.3 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada alta dirección, deportistas y artistas.

Se trata de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, con una duración máxima de un año (no susceptible de renovación, sin perjuicio de las posibilidades de prórroga previstas en la legislación laboral), que solicita un empleador o empresario para la contratación de un trabajador de alta dirección, deportista profesional o artista en espectáculo público. Por lo que respecta a las condiciones del viaje, alojamiento de los trabajadores y demás requisitos nos remitimos a los puntos anteriores.

4.4 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para la formación y prácticas profesionales.

Se trata de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada que solicita un empleador o empresario para la contratación de un trabajador para la formación y prácticas profesionales.

Habrá que presentar el contrato de trabajo en prácticas o para la formación que deberá suscribir el trabajador extranjero con la empresa que le contrata, con una duración máxima de un año, no susceptible de renovación, sin perjuicio de las posibilidades de prórroga previstas en la legislación laboral. En este sentido, la normativa laboral permite que el contrato en prácticas o formación sea prorrogado hasta el límite máximo de dos años, por lo que en el supuesto de prórroga del contrato en prácticas o formación, se deberá solicitar la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

5 - Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

Aparece regulado en el art. 43.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 63-67 RD 2393/2004, de 30 de diciembre, y en la ley 45/1999 de 29 de Noviembre, sobre el Desplazamiento de Trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y en la Instrucción DGI/SGRJ/08/2008 de la Dirección General de Inmigración.

Se trata de una autorización de residencia temporal y trabajo que permite el desplazamiento temporal de un trabajador extranjero que dependa de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el desplazamiento temporal se produce por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera de la que depende, a otra empresa establecida o que ejerza su actividad en España para la ejecución de un contrato de prestación de servicios concertado entre las dos empresas.

b) Cuando el trabajador es desplazado temporalmente a centros de trabajo en España de la misma empresa o grupo empresarial.

c) Cuando se trate del desplazamiento de trabajadores altamente cualificados para supervisar obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

Por lo que respecta a los requisitos necesarios para acceder a este tipo de autorización, nos encontramos los siguientes:

- No ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de Suiza, o familiar de ciudadanos de estos países, a los que les sea de aplicación el régimen comunitario.

- Ser residente legal en el país donde radica la empresa que desplaza.

- Haber desarrollado la actividad profesional en el país donde radica su empresa con carácter habitual y como mínimo durante un año.

- Haber estado al servicio de la empresa que le desplaza como mínimo nueve meses.

- La empresa que desplaza deberá garantizar al trabajador desplazado a España las condiciones de trabajo aplicables conforme a lo establecido en la Ley 45/1999.

Es importante destacar que quedan expresamente excluidos de este tipo de autorización los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas, excepto en los desplazamientos a empresas del mismo grupo y el desplazamiento de personal navegante respecto de empresas de la marina mercante.

El sujeto legitimado para presentar la solicitud, modelo oficial EX 03(ver Anexo IV - autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios) será el empleador que pretenda desplazar, personalmente o a través de quien tenga atribuida la representación legal empresarial en la misión diplomática u Oficina consular española correspondiente al lugar de residencia del empleador que pretenda desplazar. Si el empleador que desplaza al trabajador se hallara en España, o la solicitud se presentara en el supuesto de desplazamiento de trabajadores a un centro de trabajo en España de la misma empresa o grupo empresarial, la solicitud se podrá presentar en la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, en el Área o Dependencia de Trabajo e Inmigración de la provincia donde vayan a prestar los servicios por una persona que tenga atribuida la representación legal empresarial.

Será necesario que aparezca reflejado en el contrato de prestación de servicios o, en su defecto, que se presente documentación acreditativa, de que el desplazamiento se produce en la misma empresa o grupo, o para la supervisión de obras o servicios que se vayan a realizar en el exterior. Además, se requerirá una memoria descriptiva de las características y perfil del puesto de trabajo, especificando categoría profesional, duración prevista del desplazamiento y periodo para el que se solicita la autorización.

Por lo que respecta a la posibilidad de solicitar una prórroga para esta autorización, la deberá presentar el propio empleador o su representante en cualquier registro público y dirigido a la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, en el Área o Dependencia de Trabajo e Inmigración de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde se vayan a prestar los servicios durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización con la documentación que acredite la necesidad de prorrogar la autorización, así como el certificado de desplazamiento que acredite que el trabajador continúa sujeto a su legislación en materia de Seguridad Social.

6 – Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena estable para extranjeros enrolados en buques y empresas navieras.

Aparece regulado en los arts. 36, 38 y 40 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 48-53 RD 2393/2004, de 30 de diciembre y en la Resolución de 2 de julio de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de junio de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para tramitar las solicitudes de autorización de residencia y trabajo de extranjeros no comunitario enrolados en buques españoles inscritos en el registro especial de buques y empresas navieras.

Se trata de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que solicita una empresa naviera para la contratación de un trabajador en buques que enarbolen pabellón español y figuren inscritos en el Registro Especial de Buques y Empresas navieras (REBECA).

Presentará la solicitud, modelo oficial EX 01(ver Anexo V- Solicitud de autorización de residencia y trabajo) el empleador o empresario, personalmente, o a través de un sujeto legitimado que tenga atribuida la representación legal empresarial y en el caso de concesión, el trabajador dispone de un mes desde la fecha de desenrrole, para solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida.

7 – Autorización de trabajo para trabajadores transfronterizos.

Aparece regulado en el art. 43 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 50, 53 y 84 RD 2393/2004, de 30 de diciembre para el caso de los trabajadores por cuenta ajena. Para los trabajadores transfronterizos por cuenta propia, se recoge su regulación en el art. 43 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y los arts. 58, 61y 84 RD 2393/2004, de 30 de diciembre y en la Instrucción DGI/SGRJ/05/2007, sobre la incorporación, a los expedientes de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, de determinados informes que tendrán la consideración de medios de prueba del cumplimiento de determinados requisitos reglamentarios, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

Se trata de una autorización de trabajo por cuenta ajena que solicita un empleador o empresario para la contratación de un trabajador que resida en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresan diariamente.

Por lo que respecta a los trabajadores por cuenta ajena deberán residir en provincia o demarcación limítrofe con España y será el empleador o empresario, personalmente, o

a través de un sujeto legitimado que tenga atribuida la representación legal empresarial quien deberá presentar la solicitud de autorización, en modelo oficial, EX05, (ver Anexo II - Solicitud de autorización para trabajar).

Los trabajadores transfronterizos por cuenta propia, además de, exigiéndoseles residir en la provincia o demarcación limítrofe con España deberán cumplir con los requisitos que la legislación vigente exige para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada, así como la titulación necesaria, debidamente homologada y, en su caso, la colegiación cuando así se requiera y deberán acreditar que desde el primer año de actividad se producirán recursos económicos suficientes para el mantenimiento de la actividad. Será el propio trabajador quien presente la solicitud de autorización, personalmente y en modelo oficial EX05 (ver Anexo II - Solicitud de autorización para trabajar) en la misión diplomática u oficina de consular española correspondiente a su lugar de residencia.

8 – Autorización de trabajo a penados extranjeros.

Hay que distinguir dos tipos de autorización, una de ellas sería para el desarrollo de actividades laborales en talleres productivos de los Centros Penitenciarios y, la otra para el desarrollo de actividades laborales en régimen abierto o libertad condicional. Ambas modalidades aparecen reguladas en los arts. 31.5, 36.1, 57.2) de la LO 4/2000, de 11 de enero, y en el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueban las Instrucciones de 1 de julio de 2005, por las que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales, por parte de los internos extranjeros en los talleres productivos de los centros penitenciarios, y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional.

8.1 - Autorización de trabajo a penados extranjeros para el desarrollo de actividades laborales en talleres productivos de los Centros Penitenciarios.

Se trata de que la resolución de la Autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tenga validez de autorización de trabajo para el desarrollo de actividades laborales en talleres productivos de los Centros Penitenciarios que se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos.

8.2 - Autorización de trabajo a penados extranjeros para el desarrollo de actividades laborales en régimen abierto o libertad condicional.

Se trata de que la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación de tercer grado o el Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la libertad condicional tenga validez de autorización de trabajo por cuenta ajena, bajo determinadas circunstancias, para el desarrollo de actividades laborales en régimen abierto o libertad condicional.

El penado deberá acreditar que en el momento de la condena se encontraba, o bien, en situación de residencia o estancia por estudios, o bien, que en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales o en uno de los supuestos para la obtención de residencia de larga duración.

Desde la concesión el tercer grado o la libertad condicional, el penado podrá presentar la documentación requerida en la Delegación o Subdelegación del Gobierno, de la provincia donde se encuentra el Centro Penitenciario, modelo oficial EX 05 (ver Anexo II - Solicitud de autorización para trabajar) requiriéndose un contrato de trabajo de al menos 6 meses de duración, con los requisitos comunes al resto de autorizaciones en cuanto a la solvencia del empresario, etc.

Capítulo III

Autorización Inicial de Residencia temporal y trabajo: Requisitos.

1 - Autorización Inicial de Residencia temporal y trabajo: cuenta ajena.

La autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena permitirá a los extranjeros que residan fuera de España, y que hayan obtenido el visado correspondiente, ejercer una relación laboral por cuenta ajena en nuestro país (artículo 49.1 RD 2393/2004). Conforme al artículo 36 LO 4/2000, dada nueva redacción por la LO 2/2009, *los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar*, su eficacia se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social, esta autorización deberá ser previa por lo que la concesión de residencia y de trabajo será conjunta.

La duración de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena será de un año (artículo 49.2 RD 2393/2004) y podrá limitarse a un ámbito geográfico y a un concreto sector de actividad (por ejemplo, si la autorización es concedida para empleado de hogar o servicio doméstico en Toledo, durante la vigencia de este permiso, únicamente podrá el trabajador desarrollar su actividad en Toledo y solamente como empleado de hogar o servicio doméstico). Cuando la Comunidad Autónoma tuviera reconocidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo ésta podrá fijar el ámbito geográfico de la autorización inicial dentro de su territorio (artículo 49.2 RD 2393/2004), no obstante, el órgano competente que concedió la autorización inicial para residir y trabajar por cuenta ajena o cuenta propia podrá modificar su alcance en cuanto a la actividad laboral y ámbito territorial autorizados, siempre a petición de su titular aunque en el caso de que se trate de una modificación de actividad laboral antes de la renovación siempre que el extranjero acredite una necesidad por circunstancias

sobrevenidas para garantizar su subsistencia, como el hecho de que, por causas ajenas a su voluntad, hubiera cesado la actividad por cuenta propia o se hubiera interrumpido la relación laboral por cuenta ajena y nunca ampliará la vigencia de la autorización modificada teniéndose en cuenta lo previsto en el art. 50.3.a) resolviéndose la solicitud a la vista del oportuno informe preceptivo y vinculante en relación con la situación nacional de empleo (todo ello conforme al art. 99 RD 2393/2004), (*ver Anexo VI – Modificación del ámbito territorial y la ocupación de la autorización de residencia y trabajo inicial por cuenta ajena*).

Los requisitos que deben cumplirse para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, artículo 50 RD 2393/2004:

- a) Que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero, de lo cual nos extenderemos más adelante. Naturalmente, los últimos catálogos vienen acusando la situación de crisis y destrucción de empleo en la que nos encontramos, además de, las políticas de fomento del retorno voluntario de los inmigrantes a sus países de origen, en este sentido el Real Decreto Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre el abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.
- b) Que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar, sin perjuicio de que la empresa decida su posterior extinción.
- c) Que las empresas solicitantes hayan formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. En los términos establecidos en el artículo siguiente, se podrá requerir además al empresario que

acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial.

d) Que las condiciones fijadas en la oferta de empleo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

e) Que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión. Al respecto, Real Decreto 309/2005, de 18 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 285/2004, de 29 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, o la Orden ECI/1519/2006, de 11 de mayo por la que se establecen los criterios generales para la determinación y realización de los requisitos formativos complementarios previos a la homologación de títulos extranjeros de educación superior.

f) Que no se encuentran irregularmente en territorio español.

g) Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

2 - Autorización Inicial de Residencia temporal y trabajo: cuenta propia.

El artículo 58 RD 2393/2004 fija los requisitos que deben cumplirse para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia. El cumplimiento de tales condiciones da lugar a la concesión de la citada autorización y permite a los extranjeros, además, inscribirse en las oficinas de empleo (artículo 9 de la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, (modificada por la Orden TAS/711/2008, de 7 de marzo) por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación, puesto que se permite compatibilizar al trabajador extranjero su autorización de trabajo

por cuenta propia con el trabajo por cuenta ajena conforme a los artículos 97.1 y 99.2.b) RD 2393/2004.

Estos requisitos del art. 58.2 y 3 RD 2393/2004 son:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

b) No hallarse irregularmente en España.

c) Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.

d) Poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como la titulación necesaria para las profesiones cuyo ejercicio exija homologación específica y, en su caso, la colegiación cuando así se requiera.

e) Acreditar que la inversión prevista para la implantación del proyecto sea suficiente, y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo.

f) La certificación que demuestre la colegiación, en el caso del ejercicio de actividades profesionales independientes que la exijan.

g) La previsión de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes al menos para la manutención y alojamiento del interesado, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad.

3 - La Situación Nacional de Empleo.

Uno de los requisitos que deben cumplirse para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena y que aparecen descritos en el artículo 50.3. a) RD 2393/2004 es que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero. De esta forma, el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará, trimestralmente y previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de

Inmigración (Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento 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 Comunidad Autónoma así como para Ceuta y Melilla.

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura permitirá tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero cuando no existan en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empleadores.

Respecto al Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura (regulado por Resolución de 14 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, y donde se establece el nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura), se elabora con periodicidad trimestral, aprobándolo en la última quincena de cada trimestre natural del año, (dentro de los primeros veinte días naturales de cada trimestre natural el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará una propuesta de Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura Provisional, para cada provincia, así como para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y para cada una de las islas de las Comunidades Autónomas de Baleares y Canarias, que contendrá aquellas ocupaciones de la Clasificación Nacional de Ocupaciones que así se califiquen) por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con la información suministrada por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas (los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y las Direcciones Provinciales del Servicio Público de Empleo Estatal en el País Vasco, Ceuta y Melilla, podrán hacer propuestas razonadas sobre la inclusión o exclusión de ocupaciones en este catálogo provisional antes de la finalización del segundo mes de cada trimestre natural, en función de su experiencia de gestión y de otra

información disponible sobre la dificultad de cubrir en su territorio determinados puestos con trabajadores del mercado de trabajo nacional), previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y permitirá que los empleadores insten la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones incluidas en el citado Catálogo.

Los datos a tener en cuenta para la construcción de los indicadores que más adelante se describen son, referidos a los últimos cuatro trimestres, los siguientes:

- Media de demandas: media del número de personas que se encuentran solicitando una determinada ocupación a final de cada mes. Una misma persona puede solicitar hasta seis ocupaciones.

- Puestos ofertados: número de puestos de trabajo que los empleadores han ofertado.

- Contratos: número de contratos que se han comunicado a los Servicios Públicos de Empleo.

- Colocaciones: número de colocaciones de demandantes de empleo que se han producido.

- Trabajadores que entran: Número de contratos en una provincia de trabajadores de otra provincia.

- Trabajadores que salen: Número de contratos de trabajadores de una provincia en otra provincia.

- Trabajadores que permanecen: Número de contratos de trabajadores de una provincia en dicha provincia.

El Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el primer trimestre de 2011 está en la Resolución de 23 de diciembre de 2010 del Servicio Público de Empleo Estatal, *(ver Anexo VII – Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura (1º trim. 2011))*.

4 - Ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura. Excepciones.

La situación nacional de empleo permitirá la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empresario acredite la dificultad de contratación para el puesto que pretende cubrir, mediante la gestión de la oferta de empleo ante el Servicio Público de Empleo, concluida con resultado negativo, que emitirá en el plazo máximo de quince días una certificación que acredite que de la gestión de la oferta se concluye la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta.

La Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, por la que se regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50.3.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, recoge la información que debe aportar dicha certificación y no recoge el procedimiento para gestionar las ofertas de empleo porque forma parte de la intermediación en el mercado de trabajo y esto se trata de una competencia correspondiente a las Comunidades Autónomas aunque resultará necesario que la información mínima que contenga la certificación que se emita como conclusión de la gestión de la oferta sea la misma, independientemente del Servicio Público de Empleo que lo haga. Así, esta información mínima será:

- Servicio Público de Empleo que emite la certificación.
- Identificación del responsable del Servicio Público de Empleo que la emite.
- Identificación de la empresa (razón social y CIF/NIF/NIE).

- Datos de la oferta de empleo (identificador de la oferta, fecha de presentación, número de puestos de trabajo, localidad del puesto de trabajo, ocupación).

- Documentación que acompaña a la certificación (copia de la oferta de empleo y copia de la comunicación del empresario sobre el resultado de la selección si la hubiere).

Otras excepciones conforme al artículo 50.4 RD 2393/2004 son:

- Se autorizará a trabajar sin atender a la situación nacional de empleo a los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto (el caso de Chile y Perú en sus respectivos convenios de doble nacionalidad con España de fechas 14 de noviembre de 1958, BOE nº 273 y 19 de abril de 1960, BOE nº 94, respectivamente, y en ambos en su artículo 7, aunque deberán encontrarse en su país de origen para que les tramites la oferta), así como a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles en virtud de acuerdos internacionales de pesca marítima. En este caso, se concederá validez de autorización para trabajar al duplicado de la notificación de embarque o renovación del contrato de tripulantes extranjeros en buques españoles.

- Los supuestos establecidos en el art. 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero:

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 art. 1. Este precepto señala que cesará la aplicación de las normas dicha Convención, *“si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad”*.

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. Así, según ordena el artículo 1 RD 865/2001, de 20 de julio, del Estatuto de apátrida, tendrá esta condición, conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad.

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, conforme al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen y Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.

Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente para (*Ver Anexo VIII – Modelo oficial: solicitud de excepción a la autorización de trabajo*).

a) La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas. Según el artículo 15.1 Orden de 25 de febrero de 1998 por la que se fijan los requisitos y procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo, “*se considera que ocupan puestos de confianza, (...) aquellos trabajadores que*

desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejercen legalmente la representación de la empresa o tienen extendido a su favor un poder general”.

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.

En estos casos (directivos y técnicos de alta cualificación, técnicos y científicos, profesores de universidades públicas españoles y artistas de reconocido prestigio internacional, en cuya contratación concurren razones de interés económico, social, laboral o cultural) existe la posibilidad de tramitación de las autorizaciones de trabajo a través de la Unidad de Grandes Empresas que es consecuencia de la Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural, modificada por Sentencia de 14 de mayo de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se declara la nulidad únicamente del apartado e) de la instrucción primera. Por último, señalar que la Unidad de Grandes Empresas ha absorbido también las competencias atribuidas a la Dirección General de Inmigración por la disposición adicional primera del Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por

el Real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, es decir, la concesión de las autorizaciones de trabajo cuando las solicitudes sean presentadas por empresas que pretendan contratar trabajadores estables y que, teniendo diversos centros de trabajo en distintas provincias, cuenten con una plantilla superior a 500 trabajadores.

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.

Así, con estas excepciones se pretende atraer mano de obra cualificada a nuestro país que contribuya al progreso del mismo y para ello se reducen y, sobre todo, se facilitan las exigencias comunes al resto de trabajadores para su entrada, reagrupación familiar y trabajo en nuestro país. En este sentido, destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de mayo de 2010, donde prima el “interés público” para la adopción de *medidas que contribuyan al aumento de la competitividad, que es esencial para la materialización de inversiones, creación de empleo y para el mantenimiento de nuestro modelo económico y social.*

5 - Órganos Intervinientes: Servicio Público de Empleo Estatal y la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

5.1 - Servicio Público de Empleo Estatal.

El Servicio Público de Empleo Estatal aparece regulado por la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, siendo éste un *organismo autónomo de la Administración General del Estado al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo* (art. 10 Ley 53/2003, de 16 de diciembre, de Empleo), adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de su titular rigiéndose por lo establecido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley General Presupuestaria y por las demás disposiciones de aplicación a los organismos autónomos de la Administración General del Estado (artículo 11 Ley 53/2003, de 16 de diciembre, de Empleo).

Se estructura en un eje central, formado de un consejo general y de una comisión ejecutiva, cuya composición y funciones se establecerán reglamentariamente, y de un eje periférico. Formaran parte del Servicio Público de empleo estatal las organizaciones empresariales y sindicales más representativas que participarán, de forma tripartita y paritaria, en sus órganos correspondientes.

En cuanto a sus funciones son (artículo 13 53/2003, de 16 de diciembre, de Empleo):

- a) Elaborar y elevar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo que procedan.
- b) Formular el anteproyecto de presupuesto de ingresos y gastos.
- c) Percibir las ayudas de fondos europeos para la cofinanciación de acciones a cargo de su presupuesto y proceder a la justificación de las mismas, a través de la autoridad de gestión designada por la normativa de la Unión Europea.
- d) Colaborar con las Comunidades Autónomas en la elaboración del Plan nacional de acción para el empleo, ajustado a la Estrategia Europea de Empleo, y del Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo.
- e) Gestionar los programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos.
- f) Llevar a cabo investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo y los instrumentos para mejorarlo, en colaboración con las respectivas comunidades autónomas.

- g) Mantener las bases de datos que garanticen el registro público de ofertas, demandas y contratos, mantener el observatorio de las ocupaciones y elaborar las estadísticas en materia de empleo a nivel estatal.
- h) La gestión y el control de las prestaciones por desempleo, sin perjuicio del cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que el art. 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, atribuye a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social.
- i) Cualesquiera otras competencias que legal o reglamentariamente se le atribuyan.

5.2 - Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, regulado por la Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento de la Comisión laboral Tripartita de Inmigración, se constituye como un órgano de interlocución permanente entre la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal, en materia de gestión de flujos migratorios, es un órgano colegiado ministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y cuyas funciones son:

- a) Informar sobre el conjunto de la gestión de los flujos migratorios y el procedimiento ordinario de contratación de extranjeros no comunitarios.
- b) Informar sobre la propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

c) Informar a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración sobre la propuesta de contingente con carácter previo a su elaboración.

d) Informar sobre las propuestas de concesión de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada, en los supuestos previstos en el artículo 55.2.a) y

b) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, cuando los puestos de trabajo ofertados en su conjunto supere el número de 300 trabajadores.

e) Informar y presentar propuestas a los órganos competentes de la Administración General del Estado sobre cualesquiera otras circunstancias que interesen al colectivo de trabajadores inmigrantes en España, así como aquellas que redunden en una mejora de su integración social y laboral,

La Comisión estará formada por los siguientes miembros:

a) El Presidente, que será el titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

b) Dos Vicepresidentes, uno por cada uno de los grupos que conformen las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales más representativas, siendo elegidos entre los vocales por cada grupo.

c) Ocho vocales, con rango de Subdirector General o equivalente, al menos, en representación de los siguientes órganos superiores y directivos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales:

1º- La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, 5 Vocales.

2º - La Secretaría de Estado de Seguridad Social, 1 Vocal.

3º - La Secretaría General de Empleo, 1 Vocal.

4º - La Subsecretaría de Trabajo y Asuntos Sociales, 1 Vocal.

5°- Cada cuatro años se producirá la renovación de la composición de la Comisión teniendo en cuenta para ello las modificaciones que se hubieran producido en cuanto a la representatividad de las organizaciones empresariales y sindicales en el Estado y los miembros de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración serán nombrados y cesados por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta de los respectivos órganos superiores y directivos del Departamento representados y de las organizaciones empresariales y sindicales.

Capítulo IV

Autorización Inicial de Trabajo y Residencia. Procedimiento

1 - Trabajadores por cuenta ajena. Inicio del procedimiento. Presentación de la solicitud.

El empresario que quiera contratar a un trabajador extranjero no residente en España deberá presentar la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (artículo 51.1 RD 2393/2004) ante el órgano competente para su tramitación de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se vaya a desarrollar la relación laboral cuando dicha Comunidad Autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena (actualmente sólo la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido estas competencias). En tal supuesto, la solicitud podrá presentarse en aquellas oficinas del órgano competente para su tramitación dentro de la provincia establecidas por la normativa autonómica.

La solicitud se hará en modelo oficial (*Ver Anexo I - Solicitud de autorización de residencia y trabajo*) personalmente o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial (*Ver Anexo IX – Sujetos legitimados*) lo que excluye toda posible intervención de mandatarios o de gestores interpuestos (Disposición Adicional Cuarta RD 2393/2004).

La solicitud se acompañará de la siguiente documentación conforme al artículo 51.2 RD 2393/2004:

- Copia del pasaporte completo o título de viaje o, en su caso, cédula de inscripción en vigor.

- DNI o CIF y, en su caso, documento público de representación legal a favor de la persona que formule la solicitud, en el caso de personas jurídicas.

- Documento de inscripción de la empresa en Seguridad Social.

- Contrato de trabajo u oferta de empleo en el modelo oficial, esto es, aquel precontrato en el que una persona empleadora se compromete a formalizar un posterior contrato en los términos y con el contenido indicado en el mismo.

- Acreditación de medios económicos del empleador, en este sentido habrá que estar a lo dispuesto a la Circular DGI/SGRJ/04/2008, sobre la acreditación de medios económicos de los empresarios en los procedimientos para autorizaciones de trabajo por cuenta ajena.

- Acreditación de estar en alguno de los supuestos establecidos en el art. 40 de la L.O. 4/2000, esto es, aquellos documentos que justifiquen, si son alegados por el interesado, que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo o certificado del Servicio Público de Empleo.

- Titulación homologada o acreditación de capacitación para el ejercicio de la profesión del trabajador, cuando proceda.

- En su caso, documentación acreditativa de ser residente de larga duración-CE en otro Estado miembro de la Unión Europea.

1.1 - Admisión o inadmisión a trámite de la solicitud.

Con todo ello y tras la presentación de la solicitud, el órgano competente la registrará y la introducirá en la aplicación informática correspondiente, de manera que, para resolver la misma, pueda tenerse conocimiento de la solicitud en tiempo real (artículo 51.3 RD 2393/2004).

1.1. A) - Inadmisión a trámite de la solicitud

La autoridad competente comprobará si concurre o no alguna de las causas de inadmisión a trámite que se recogen en la disposición adicional cuarta LODYLE (falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación; presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido; cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado; cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa salvo que, en este último caso, la orden de expulsión hubiera sido revocada o se hallase en uno de los supuestos regulados por los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de esta Ley; cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España; cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento; cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3y, por último, cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley) y si observara la existencia de esta circunstancia resolverá de forma motivada declarando la inadmisión a trámite de la solicitud.

Si no se declarara la inadmisión a trámite la autoridad competente comprobará si la solicitud va acompañada de la documentación exigida y que la misma permite acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de seguridad social.

Si la documentación está incompleta, o no permitiera acreditar las cuestiones indicadas, se requerirá al solicitante para que subsane tales defectos en el plazo de diez días. En el caso de que no subsane los mismos en dicho plazo se le tendrá por desistido de su solicitud y se procederá al archivo de su expediente, dictándose al efecto la oportuna resolución.

Por lo que respecta a la competencia para resolver la inadmisión a trámite o para declarar el desistimiento y el archivo de las actuaciones será el órgano competente de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, debiendo resolver, en todo caso, de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante emitido por el correspondiente órgano de la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las indicadas causas de inadmisión a trámite cuando afecten a la autorización de residencia. Las resoluciones se notificarán al interesado y se introducirán en la aplicación informática correspondiente, de tal manera que permita el conocimiento de las mismas por parte de la Administración General del Estado en tiempo real.

Además, los recursos que se pueden interponer contra las resoluciones que dicte el órgano autonómico sobre inadmisión a trámite y desistimiento y archivo de actuaciones serán resueltos por el órgano autonómico que sea competente de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante emitido por el órgano correspondiente de la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las causas de inadmisión cuando afecten a la autorización de residencia. En todo caso, el citado órgano deberá introducir los recursos y las resoluciones adoptadas en la aplicación informática correspondiente.

1.1. B) - Admisión a trámite de la solicitud.

Si la solicitud ha sido admitida a trámite se procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación (artículo 51.4 RD 2393/2004). Para ello, se recabarán de oficio preferiblemente por medios telemáticos los informes de de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y el de la Tesorería General de la Seguridad Social por el órgano competente de la Comunidad Autónoma y el de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes por el órgano competente de la

Administración General del Estado y todos ellos serán emitidos en el plazo máximo de diez días.

Tras la revisión de la documentación presentada y de los informes obtenidos la autoridad competente resolverá de forma motivada, atendiendo a los requisitos previstos en esta sección, sobre la autorización de residencia y trabajo solicitada, y notificará al empleador la misma a efectos de que, en su caso, proceda al abono de las tasas que procedan en el plazo correspondiente (artículo 51.5 RD 2393/2004). Si la Comunidad Autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, a la vista de la documentación aportada y de los informes obtenidos, los órganos competentes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente deberán dictar, de manera coordinada y concordante, una resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, que será firmada por los titulares de los órganos competentes de cada una de las Administraciones y expedida y notificada a los interesados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

La resolución conjunta será desfavorable si concurre alguna causa de denegación referida bien a los aspectos laborales o bien a los de residencia, debiendo recogerse en la misma las causas específicas de denegación así como los órganos que, en su caso, deban conocer de un eventual recurso administrativo contra la resolución. También puede ser impugnada ante cualquiera de los órganos que la firmen si bien se resolverá de forma conjunta y concordante por los titulares de los órganos competentes de ambas Administraciones y se notificará a los interesados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Por otro lado, es interesante resaltar que en estos procesos la autoridad competente introducirá de inmediato la resolución en la aplicación informática correspondiente de

manera que las autoridades de los organismos afectados, incluido el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Misión diplomática u Oficina consular española correspondiente al lugar de residencia del trabajador, tengan conocimiento de la misma en tiempo real.

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.

Por otro lado, si la resolución resultara favorable, se suspenderá su eficacia hasta la obtención del visado y hasta la efectiva entrada del extranjero en España, y así se hará constar en la propia resolución. Al respecto señala Eduardo Ortega Martín (*Manual práctico de derecho de extranjería. Ed. La Ley. 4ª Edición Marzo 2010*) sobre *el efecto habilitante del visado cuando es puesto en relación con la autorización de trabajo y residencia que si se suspende la eficacia de la resolución autorizadora de trabajo y residencia es que posee por sí misma efecto ejecutivo, es decir, habilitante, y que por tanto tiene virtud a la hora de atribuir derechos u obligaciones.*

1.2 - Obtención del Visado y su procedimiento

Por lo que respecta a la obtención del visado, será el propio trabajador extranjero quien deberá solicitarlo en el plazo de un mes desde la notificación al empresario interesado de la concesión de la autorización en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida el extranjero (el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado (artículo 51.6 RD 2393/2004)), personalmente o por un

representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad, o cuando se trate de un menor (disposición adicional tercera LODYLE).

Durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante, de forma motivada expresando lugar, fecha, hora y objeto de la comparecencia así como los efectos de la no comparecencia (art. 40 Ley 30/92), y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, para comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado (artículo 51.8 RD 2393/2004). La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de 15 días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento. Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará una copia al interesado.

Por otro lado, si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización (artículo 51.9 RD 2393/2004).

Finalmente, si a través del poder de representación, de otros documentos aportados en la solicitud o de datos que consten en la Administración, se evidenciase que el extranjero

para el que se solicita el visado se halla en España en situación irregular, se inadmitirá a trámite o, si tal circunstancia se advirtiera en un momento posterior, se denegará la solicitud de visado.

La solicitud de visado deberá acompañarse de la siguiente documentación (artículo 51.7 RD 2393/2004):

- Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.

- Certificado de antecedentes penales, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

- Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional. El Reglamento Sanitario Internacional se revisaba en 2005 y entraba en vigor el 15 de junio de 2007.

- Copia de la autorización de residencia y trabajo condicionada al alta del trabajador en la Seguridad Social. En realidad sería la resolución favorable ya que la autorización se comunica al empresario entonces éste se comunicará con el trabajador para que éste la presente para la solicitud del visado en su país de origen, como señala Eduardo Ortega Martín (*Manual práctico de derecho de extranjería. Ed. La Ley. 4ª Edición Marzo 2010*) esta exigencia no deja de ser gravosa y contraria si cabe a las determinaciones del art. 35 Ley 30/92 ya que *este contenido documental que se solicita al trabajador obra en los archivos de la Administración Pública española e incluso en las distintas dependencias de ésta.*

En caso de concesión del visado y una vez notificado al trabajador, éste deberá recogerlo personalmente en el plazo de un mes desde la fecha de notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente. Una vez que lo hubiese recogido el trabajador deberá entrar en el territorio español en el plazo de vigencia del visado, que no será superior a tres meses (artículo 51.11 RD 2393/2004).

1.3 - Concesión de la autorización de residencia y trabajo.

La vigencia de la autorización de trabajo comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, la cual deberá hacerse constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje.

En el plazo de un mes desde la entrada en España el extranjero deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la oficina correspondiente (artículo 51.13 RD 2393/2004) pudiendo comenzar su actividad y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación (artículo 51.12 RD 2393/2004). Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización de residencia temporal y será retirada por el extranjero. Si en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero, o transcurrido un mes desde su entrada en España, no existiera constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar ha sido afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social, la autoridad competente podrá resolver la extinción de la autorización, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75.2.c) RD 2393/2004 (artículos 51.14 y 75.2.c) RD 2393/2004). La autoridad competente requerirá al empresario que solicitó la autorización para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse

ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores (artículo 51.14 RD 2393/2004).

1.4 - Causas de denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Conforme al art. 53 del RD 2393/2004:

a) Cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español salvo cuando éstos hayan sido oportunamente cancelados.

b) Cuando lo exija la situación nacional de empleo, sin perjuicio de los supuestos específicos establecidos en el art. 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y art. 50.4 RD 2393/2004.

c) Cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo u oferta de empleo fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad. También se denegará en el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, cuando, por la duración de la prestación de servicios, la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, salvo que se tratase del cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal, o de hijo en edad laboral y menor de 18 años, previamente reagrupados, de acuerdo con lo previsto en el art. 41.6.

d) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido improcedente o nulo, declarado por sentencia o reconocido como tal en acto de conciliación, o por las causas previstas en los arts. 50 (extinción del contrato por voluntad del empresario), 51 (despido colectivo por causas económicas técnicas, organizativas o de producción) y 52.c) (extinción (individual o plural) por causas

objetivas (económicas técnicas, organizativas o de producción)) del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.

e) Cuando el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos 12 meses por infracciones calificadas como muy graves en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

f) Cuando el empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el art. 51 RD 2393/2004, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

g) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, y medie mala fe.

h) Cuando se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera.

i) Cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable, que conforme al artículo 6.1.d) del Real Decreto 1129/2008, de 04 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, y en coordinación con la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior, dictaron la Instrucción DGI/SGRJ/09/2008, en que las unidades administrativas

encargadas de elaborar el informe gubernativo previo al que se refiere el artículo 53.1.i del Reglamento de extranjería, tendrán que especificar en el supuesto de ser desfavorable, el motivo o motivos de dicho carácter desfavorable, pudiendo ser estos motivos los siguientes:

- La vigencia de una resolución de expulsión de territorio español no ejecutada.

- La vigencia de una prohibición de entrada derivada de una resolución de expulsión o acuerdo de devolución, o de sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humano o por sus notarias conexiones con organizaciones delictivas, u otras razones judiciales o administrativas que justificarían la adopción de una medida de prohibición de entrada.

- La anotación como rechazable en el Espacio Schengen de 14 de junio de 1985 (a salvo de lo señalado en el artículo 25 de dicho Convenio, sobre eventual expedición de permisos de residencia a extranjeros inscritos como admisibles).

- La constancia de que el extranjero se encuentra reclamado, por las Autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por lo que figura reclamado constituyan delito en España en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves.

- La constancia de que el extranjero se encuentra reclamado, por las Autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figura reclamado constituyan delito en España en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes castigados con laguna de las penas criminales derivadas de delitos comunes castigados con alguna de las penas menos graves establecidas en el artículo 33.3 a) a h) del Código Penal.

- La constancia de antecedentes penales del extranjero en España o en sus países anteriores de residencia por faltas existentes en el ordenamiento jurídico español, cuando la Unidad responsable de elaborar el informe considere la necesidad de su interpretación, en todo caso, en sentido desfavorable.

- La constancia de la presentación de documentos falsos o formulación de alegaciones inexactas, y la existencia de mala fe, en relación con esa solicitud.

- La existencia de denuncia o reclamación por las Autoridades españolas, por hechos o actividades que constituyan infracciones graves o, especialmente, muy graves, según los artículos 23 a 25 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, o por hechos presuntamente constitutivos de delitos contemplados en los artículos contemplados en los artículos 563 a 580 y 311 a 318 bis del Código Penal, así como por tráfico o trata de personas.

- La existencia de resoluciones den base a infracciones a la LO 4/2000, y por las que se haya impuesto sanción de multa, cuando la Unidad responsable de elaborar el informe considere la necesidad de su interpretación en todo caso, en sentido desfavorable.

j) Cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud (disposición adicional cuarta LODYLE).

k) Cuando el empresario solicitante haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

En estos casos, si la Comunidad Autónoma tiene atribuida la competencia sobre la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena, la

apreciación de cualquiera de las causas de denegación implicará la denegación de la autorización por ambas autoridades (artículo 53.2 RD 2393/2004) debiendo ser motivada y expresando los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos (artículo 53.3 RD 2393/2004). Tanto el empleador como el trabajador ostentarán interés legítimo en el asunto, y también, en su caso, en su corrección, por lo que entendemos que ambos podrán formular recursos aunque el trabajador al encontrarse fuera del territorio nacional difícilmente podrá ejercitar este derecho.

2 - Trabajadores por cuenta propia. Inicio del procedimiento. Presentación de la solicitud.

El trabajador extranjero que no resida en España y que esté interesado en trabajar por cuenta propia en nuestro país deberá presentar, personalmente, en modelo oficial la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia (artículo 59.1 RD 2393/2004). Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado (disposición adicional tercera, apartado dos, párrafo primero, LODYLE). Además, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (artículo 59.1 RD 2393/2994), si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado.

Por lo que respecta a la presentación de la solicitud por el trabajador extranjero, ésta deberá acompañarse de la siguiente documentación (artículo 59.2 RD 2393/2004):

- a) Copia del pasaporte, o documento de viaje, en vigor, del solicitante.
- b) Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años en el que no deben constar condenas por conductas tipificadas en la legislación penal española.
- c) Certificado sanitario con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.
- d) La titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada (artículo 36.3 LODYLE).
- e) Acreditación de que se cuenta con la inversión económica necesaria a la que se hace referencia en el artículo anterior, o bien compromiso suficiente de apoyo por parte de instituciones financieras u otras.
- f) Proyecto de establecimiento o actividad a realizar, con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad esperada y, en su caso, puestos de trabajo cuya creación se prevea.
- g) Relación de las autorizaciones o licencias que se exijan para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional, que indique la situación en la que se encuentren los trámites para su consecución, incluyendo, en su caso, las certificaciones de solicitud ante los organismos correspondientes.

2.1 – Admisión o inadmisión a trámite de la solicitud.

El procedimiento se iniciará con el registro de la solicitud en la misión diplomática u oficina consular, la cual informará al interesado el inicio del proceso o la inadmisión a trámite (artículo 59.3 RD 2393/2004).

En cuanto a la inadmisión a trámite, se dará dicha situación en estas circunstancias (disposición adicional cuarta LODYLE):

- Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.

- Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.

- Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.

- Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa, salvo que en este último caso la orden de expulsión hubiera sido revocada, o se hallase en uno de los supuestos regulados por los artículos 31 bis (violencia de género), 59 (colaboración contra redes organizadas), 59 bis (víctimas de la trata de seres humanos) o 68.3 (programas de integración) LODYLE.

- Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.

- Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.

- Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31.3 LODYLE (arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia).

- Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por Ley.

En el supuesto de que no se presente la documentación exigida, la misión diplomática u oficina consular requerirá al interesado y le advertirá expresamente que, de no aportarlos en el plazo de diez días, se le tendrá por desistido de la petición y se procederá al archivo del expediente (artículo 59.3 RD 2393/2004).

La misión diplomática o la oficina consular (o los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación), introducirán la solicitud en la aplicación informática en el plazo de 24 horas para que pueda conocerse en tiempo real el estado de la misma. Si no es posible usar medios telemáticos la misión diplomática o la oficina consular darán traslado físico de la misma al órgano competente de la Administración general del Estado o de la Comunidad Autónoma (si tiene competencias al respecto) donde solicite la residencia el extranjero (artículo 59.4 RD 2393/2004).

El órgano competente de la Administración general del Estado verificará que los solicitantes carecen de antecedentes penales y no se encuentran residiendo ilegalmente en España y recabará de oficio el informe previo policial, el informe del Registro Central de Penados y Rebeldes, así como informes de otros organismos sobre los respectivos ámbitos de su competencia (Agencia Tributaria, Seguridad Social o, entre otros, Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Estos informes deberán ser emitidos en el plazo de diez días. Y sobre los mismos se decidirá la concesión, o denegación, de la solicitud. Si la Comunidad Autónoma en la que solicita la residencia tiene competencias al respecto, ésta verificará el cumplimiento de los requisitos correspondientes al ámbito laboral y el órgano competente de la Administración General del Estado los relativos al ámbito de la residencia (artículo 59.5 RD 2393/2004).

La autoridad competente resolverá lo que proceda sobre la solicitud. La Comunidad Autónoma (si tiene competencias al respecto) y la Administración General del Estado resolverán conjuntamente.

La decisión será desfavorable si concurre alguna causa de denegación que afecte a los aspectos laborales a los relacionados con la residencia. En este caso se podrá impugnar ante cualquiera de los órganos aunque resolverán también de forma coordinada. Se

informa al interesado a través de la misión diplomática u oficina consular (artículo 59.6 RD 2393/2004).

Las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta propia se denegarán cuando no se reúnan las condiciones generales exigidas o cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (artículo 61 RD 2393/2004):

- Cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español (artículo 53.a) RD 2393/2004).

- Cuando el empresario no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo (artículos 53.f) y 51.2.c) RD 2393/2004).

- Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, y medie mala fe (artículo 53.g) RD 2393/2004).

- Cuando se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera (artículo 53.h) RD 2393/2004).

- Cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable (artículo 53.i) RD 2393/2004).

- Cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud (artículo 53.j) RD 2393/2004) (disposición adicional cuarta LODYLE).

2.2 – Obtención del Visado y su procedimiento.

Si se decide su concesión, la autoridad competente (que será la de la Comunidad Autónoma si tiene competencias al respecto y podrá fijar el ámbito geográfico de la autorización inicial dentro de su territorio (artículo 60.2 RD 2393/2004)) introducirá la resolución en la aplicación informática para que las Administraciones afectadas tengan conocimiento de la situación en tiempo real. Su vigencia estará condicionada a la petición y, en su caso, a la expedición del visado y a la efectiva entrada del trabajador en territorio nacional. Si la misión diplomática o la oficina consular no disponen de medios técnicos para acceder en tiempo real los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación le darán traslado de la resolución en 24 horas. De igual modo, también se notificará al interesado la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, con indicación del hecho imponible de la tasa para su abono previo a la solicitud de visado (artículo 57.7 RD 2393/2004).

Una vez que se ha notificado la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, el interesado, acompañando copia de ésta, en el plazo de un mes desde la fecha de dicha notificación deberá presentar, personalmente, la solicitud de visado en modelo oficial ante la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia (artículo 59.8 RD 2393/2004). Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado (disposición adicional tercera, apartado dos, párrafo primero, LODYLE).

Si se cumplen todos los requisitos, la misión diplomática u oficina consular, resolverá sobre la solicitud y expedirá, en su caso, el visado de residencia y trabajo, en el plazo máximo de un mes teniéndolo que recoger en este plazo el propio solicitante. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente (artículo 59.10 RD 2393/2004).

2.3 – Concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

Recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante su plazo de vigencia, que en ningún caso será superior a tres meses. A partir de la entrada legal en España del trabajador por cuenta propia, podrá comenzar su actividad y producirse su afiliación, alta y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación (artículo 59.11 RD 2393/2004). El visado incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo, y la vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada, la cual se hará constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje (artículo 60 RD 2393/2004). La autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia tendrá una duración de un año (artículo 60.2 RD 2393/2004).

En el plazo de un mes desde la entrada el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero (artículo 59.12 RD 2393/2004). Si en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero, o transcurrido un mes desde su entrada en España, no existiera constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar se ha afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social, la autoridad competente podrá resolver la extinción de la autorización (artículo 75 RD 2393/2004).

3 - La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas tras la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en materia de autorización inicial de residencia y trabajo.

Se hace necesario hablar en este punto del trabajo del protagonismo que han ido tomando las Comunidades Autónomas en materia de inmigración y extranjería con el paso de los años y más con la última de las reformas de la Ley de Extranjería, la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

Ya hemos podido ver como intervienen las Comunidades Autónomas en distintos momentos del proceso de concesión de la autorización de residencia y trabajo a trabajadores extranjeros tanto por cuenta ajena y propia pero esta intervención no siempre fue así por lo que vamos a hacer un repaso a nuestra historia normativa.

3.1 – Evolución legislativa en la asunción de competencias de las CCAA en materia de extranjería e inmigración.

Señalar en primer lugar que en la etapa política en que se aprobó la Constitución y la mayoría de los Estatutos de Autonomía, la inmigración era un fenómeno social escasamente representativo. Durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, apenas se planteó la participación de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la inmigración. Esta participación apareció cuando el fenómeno migratorio tuvo otra entidad, otra procedencia no sólo europea, y se hace preciso plantearse la integración social de los inmigrantes abarcando cuestiones que van desde los aspectos sociales o laborales hasta la sensibilización social de la población de acogida o la cooperación al desarrollo. Fue más tarde, a mediados de los años noventa cuando se inició el debate sobre el alcance del título competencial del artículo 149.1.2 CE y que se hicieran interpretaciones permitiendo un espacio mayor de intervención a

las Comunidades Autónomas y, en menor medida, a los entes locales, así, por ejemplo, el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en el preámbulo ya disponía la necesidad de adaptar el Reglamento a la nueva organización administrativa con competencias sobre extranjería, más concretamente, la disposición adicional 5ª establecía la obligación de coordinación y colaboración de las diversas administraciones públicas en materias como la enseñanza básica, las prestaciones asistenciales, sociales y sanitarias o la protección de menores, aunque previendo la posibilidad de convocar conferencias sectoriales para abordar estas cuestiones, así como de facilitar la firma de convenios de colaboración.

En este sentido, el Reglamento remitía a la legislación específica en materia de asistencia letrada, Seguridad Social, prestaciones sociales y salud, pero ya consideraba la necesidad de coordinar actuaciones con las Comunidades Autónomas en materia de menores en situación de desamparo (artículo 13) y de menores desplazados (artículo 14). Sin embargo, la tramitación y expedición de visados, permisos de residencia y permisos de trabajo seguían siendo competencia del Gobierno central, sin intervención de otras instancias administrativas autonómicas o locales, ni siquiera en los visados para la reagrupación familiar, donde se requería la acreditación de medios económicos suficientes para el mantenimiento y el alojamiento de la familia. Tampoco en el establecimiento del contingente se consideraba la intervención de otras instancias autonómicas o locales, aunque las organizaciones sociales y sindicales más representativas intervenían con la Comisión Interministerial de Extranjería y los Ministerios de Trabajo y de Asuntos Sociales.

Fue con la publicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuando se dio respuesta a la nueva concepción imperante del fenómeno migratorio en España y, prueba de esta nueva perspectiva es la existencia en la misma de un Título IV cuya finalidad específica es la

“coordinación de los poderes públicos”, además de que las administraciones autonómicas se dibujan como los actores principales en cuanto a su integración porque son ellas precisamente las que tienen competencias en educación, asistencia social, vivienda, cultura, etc, y pese a mantener la titularidad de las competencias en materia de inmigración en el ámbito estatal, permitió la intervención de las Comunidades Autónomas en algunas de las materias de extranjería relacionadas, derechos y libertades, prestaciones y servicios sociales, residencia, trabajo y otorgó un papel clave en todo el sistema de extranjería al padrón municipal como instrumento de certificación de la duración de la residencia en el municipio. Así, se inauguraba una nueva etapa en la distribución competencial en materia de inmigración.

Esta Ley articuló, también, algunos importantes mecanismos de información y colaboración interadministrativa, como el Consejo Superior de la Inmigración, que agrupa a representantes del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, institución que posteriormente fue reformada para dar más peso a los representantes de la Administración Central y que pretende asegurar una adecuada coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias sobre la integración de los inmigrantes.

Con la modificación sufrida por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y basándose en una lectura amplia de la competencia estatal en materia de inmigración (artículo 149.1.2ª CE) atribuyó a la Administración General del Estado la gestión de los diferentes procedimientos para obtener un permiso de residencia y trabajo, así, la autorización de residencia temporal y trabajo se solicita al Ministerio de Trabajo y el visado a la correspondiente misión diplomática u oficina consular teniendo la facultad de aprobar el contingente de

trabajadores extranjeros el Consejo de Ministros y correspondiendo al Servicio Público de Empleo Estatal la elaboración del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

Las reformas legales y reglamentarias posteriores ralentizaron esta tendencia descentralizadora, pero el nuevo Reglamento, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, volvió a considerar a las Comunidades Autónomas y a los entes locales como administraciones colaboradoras en la gestión migratoria mediante sus competencias propias. El Reglamento otorgaba a los municipios la emisión de los informes de arraigo social y adecuación de vivienda, recogía la participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración del contingente y en las actividades de selección de la mano de obra candidata en el país de origen, reconocía la posibilidad de ampliar las intervenciones educativo-formativas autonómicas sobre menores inmigrantes y otorgaba algunas facultades ejecutivas laborales a las Comunidades Autónomas, entre las que destaca la emisión del certificado de las oficinas de trabajo de la Generalitat para el expedición de autorizaciones en régimen general.

Con la reforma parcial del Reglamento de Extranjería con el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, únicamente se traspa a algunas Comunidades Autónomas la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros. Así, el empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero en una Comunidad Autónoma que haya asumido esta competencia deberá presentar la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ante el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. El Reglamento establece la división de funciones entre las dos Administraciones que intervienen en el procedimiento. La autoridad laboral autonómica analiza las condiciones relativas a la posibilidad de trabajar (la adecuación de la oferta a la situación nacional de empleo, la garantía de la continuidad del empleo durante el periodo de vigencia de la autorización o los medios

económicos del empresario), mientras la autoridad estatal examina la posibilidad de que el extranjero resida en España (que el trabajador no se encuentra irregularmente en territorio español y carece de antecedentes penales). Ambas Administraciones deben dictar de manera coordinada una resolución conjunta, concediendo o denegando la autorización de residencia y trabajo, que es expedida por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, con la última de las reformas de la Ley de Extranjería realizada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establece en sus artículos 37.3, 38.8 y 68.2 que la concesión de la autorización inicial de trabajo corresponderá a las Comunidades Autónomas en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia y de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos debiendo desarrollarlas en necesaria coordinación con las competencias estatales en materia de extranjería, inmigración y autorización de residencia, de manera que se garantice la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones necesario para el desarrollo de sus respectivas competencias.

Otra de las novedades significativas introducidas por la LO 2/2009 es que se ha producido un cambio de denominación respecto del contingente anual de trabajadores extranjeros pasando a denominarse conforme al artículo 39 *“gestión colectiva de contrataciones en origen”*.

Como hemos podido observar en este repaso normativo, se ha atribuido sólo a algunas Comunidades Autónomas la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros. Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña y que vamos a estudiar en el siguiente punto.

3.2 – La asunción de competencias en materia de inmigración y extranjería de las Comunidades Autónomas: el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Siguiendo a Ignacio de Vitoria (2010) el Estatuto de Cataluña ha incluido dentro del apartado de competencias un precepto en materia de inmigración, art. 138, que recoge la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. Así, se especifica que la competencia autonómica incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena y la aplicación del régimen de inspección y sanción. La referencia a la inspección debe conectarse con los artículos que el Estatuto de Autonomía de Cataluña dedica a la materia “relaciones laborales”, art. 170.2, así, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora y disponen que los funcionarios que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Comunidad.

Hay que destacar la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, (EDJ 2010/121768), que avala la constitucionalidad del artículo 138 referente al término “inmigración” del Estatuto de Cataluña y su asunción de competencias ya que la propia Sentencia advierte que no se corresponde con el sentido propio del término porque la inmigración como materia competencial, que se identifica fundamentalmente con la entrada y la residencia de extranjeros en España, corresponde en exclusiva al Estado. En el Estatuto se hace referencia a la inmigración como fenómeno social, en el que pueden tener incidencia otras materias competenciales, como la asistencia social y relaciones laborales vinculándose más directamente a la ordenación del mercado de trabajo y a la integración laboral que a la ordenación de la política migratoria. El Tribunal Constitucional concluye que el artículo 170.2 del

Estatuto de Autonomía es constitucional porque condiciona el ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica a la coordinación con el Estado debiéndose la Comunidad Autónoma atener a los mecanismos de coordinación que establezca el Estado y con competencias en palabras del propio Tribunal a lo que es “estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña”.

El traspaso de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña se ha realizado mediante Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre. Este Real Decreto fue objeto de una curiosa corrección de errores (publicada en el BOE núm. 262, de 30 de octubre de 2009). Parece que el Gobierno quería aclarar que el traspaso no incide en el ámbito del artículo 149.1.2ª de la Constitución, sino que se enmarca dentro de las competencias ejecutivas en materia laboral (artículo 149.1.7ª CE).

Con todo este traspaso de competencias y siguiendo al autor Diego Boza Martínez (2011, P. 210) las materias objeto de transferencia fueron:

- Las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.
- Las modificaciones en las autorizaciones iniciales de trabajo.
- Los trámites de carácter laboral que afectan a las autorizaciones de trabajo de personas extranjeras para puestos de trabajo estables, que se tramiten bajo el régimen de la Gestión Colectiva de las contrataciones en origen.

Capítulo V

Derechos de los titulares de una autorización de residencia y trabajo

1 - Marco jurídico internacional de protección a favor de los trabajadores migrantes.

Debido, ante todo, a la problemática que acarrea la inmigración como, por ejemplo, la explotación y la discriminación en el trabajo, provocó que las organizaciones internacionales, al menos a partir del Tratado de Versalles y de la primera constitución de la OIT de 1919, comenzaran a elaborar normas dirigidas a aumentar el grado de protección de los trabajadores migrantes y sobre todo a los trabajadores en situación de irregularidad puesto que son los más desprotegidos y los más expuestos a riesgos de cualquier tipo.

A partir de estos textos, gran cantidad de documentos internacionales, convenciones y declaraciones, han intentado comprometer a los Estados para que garanticen el respeto a los derechos fundamentales a todos los extranjeros y la paridad de trato en el trabajo, independientemente de su condición de ciudadano o de inmigrado. Sin embargo, muchas de las normas internacionales que predisponen un marco de protección a favor de los trabajadores migrantes gozan de escasa efectividad, así por ejemplo, los países de la Unión Europea todavía no han ratificado la Convención (ONU) sobre la tutela de los derechos de todos los trabajadores migrantes y miembros de sus familia adoptada en 1990 y que entró en vigor en 2003, ofrece por primera vez una definición reconocida a nivel internacional de trabajador migrante, las categorías en las cuales puede ser clasificado y recoge una lista detallada de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el Consejo de Administración de la OIT, de acuerdo a su constitución y a la Declaración de Filadelfia (1944), adoptó en 1998 la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo suscribiéndolo los 176 Estados

miembros de la OIT. Este instrumento señala que aunque los Estados no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT éstos tendrán el compromiso, que deriva de su permanencia a la OIT de promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad a la Constitución, los principios y derechos fundamentales en el trabajo (arts. 1 y 2). Tales principios y derechos fundamentales, que desarrollan los ocho convenios esenciales de la OIT, son:

- La libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- La abolición efectiva del trabajo infantil.
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Algunos autores, como por ejemplo Alston (2004), han criticado esta Declaración porque consideran que el resto de principios y derechos quedarían en un segundo plano. Otros autores, como por ejemplo José Luis Gil y Gil, señalan que el mérito de la Declaración puede interpretarse como un primer paso en la configuración de un verdadero orden público social internacional, que se imponga a todos los Estados.

2 - Derechos de los inmigrantes en España. La importancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre: el problema de la titularidad e igualdad en el ejercicio de los derechos.

Siguiendo a la profesora Magdalena Nogueira Guastavino (2010, Pp 431-475) lo primero que hay que determinar en este tema de los derechos de los inmigrantes es el alcance del art. 13 de nuestra Constitución. Así, señala que una interpretación estrictamente literal podría dar cobijo a posiciones restrictivas y simplificadoras en virtud de las cuales los derechos constitucionales de los extranjeros vendrían determinados, única y exclusivamente, por los Tratados internacionales y por la

regulación que, en su caso, contemplara el legislador que además podría verse reforzada por el artículo 14 de la propia Constitución en el que el principio de igualdad de trato y de no discriminación viene expresamente referido a los españoles lo que legitimaría todo tipo de distinción legislativa entre nacionales y extranjeros.

No obstante, el Tribunal Constitucional español rechazó una interpretación aislada del artículo 13 CE, así, conforme a la STC 107/1984, de 23 de noviembre, (EDJ 1984/107) y, STC 99/1985, de 30 de septiembre, (EDJ 1985/99), los derechos del extranjero en España surgen de la Constitución y no así de los Tratados ni de las leyes; se tratan de derechos constitucionales aunque todos ellos en su contenido sean de configuración legal y ello porque el artículo 13 CE no puede ser interpretado de modo aislado sino a la luz del art.1.1 CE (que propugna la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico), del art. 9.2 CE (que 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 efectivos) y del art. 10.1 y 2 CE (donde se reconocen la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social y donde se impone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España).

Hay que señalar que el TC, a raíz de la sentencia anteriormente comentada, STC 107/1984, de 23 de noviembre, (EDJ 1984/107), en su Fundamento Jurídico nº 4, determina la posición jurídica de los extranjeros en España a partir de una triple clasificación de derechos sustentada en la naturaleza del derecho afectado y su mayor o menor conexión con la garantía de la dignidad humana. Así:

2.1 – Derechos comunes de los extranjeros y españoles por ser inherentes a la dignidad humana. Los derechos de reunión, manifestación, asociación y libertad sindical.

El Tribunal Constitucional lo construye sobre la base del art. 10 de nuestra Constitución donde se reconoce la garantía de la dignidad de la persona humana que constituye el fundamento del orden político español, independientemente de la ciudadanía de la persona (STC 107/1984, de 23 de noviembre, (EDJ 1984/107); STC 115/1987, de 7 de julio, (EDJ 1987/115), donde se declararon algunos preceptos de la LOEx de 1985 inconstitucionales y que se referían a algunas limitaciones a los derechos de reunión y asociación de los extranjeros y a la no suspensión de las resoluciones administrativas recaídas en la materia objeto de la LOEx; STC 130/1995, de 14 de octubre, (EDJ 1995/4414) y STC 95/2003, de 22 de mayo, (EDJ 2003/10439)) y siendo especialmente determinante la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España aunque, respecto a los Tratados, el propio Tribunal Constitucional ha reiterado que éstos no constituyen un *“canon de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales”* (STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, (EDJ 2007/188657)) ya que la norma impugnada debe ser contrastada sólo con preceptos constitucionales que proclamen derechos y libertades de los extranjeros en España.

En este sentido, podemos decir, conforme a esta sentencia, que configuran el grueso de estos derechos comunes de los españoles y extranjeros por ser inherentes a la dignidad humana: el derecho a la vida; a la integridad física y moral; a la intimidad; a la libertad ideológica; a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia jurídica gratuita, no sin cierta problemática reciente ya que la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, de

10 de enero de 1996, limitó su aplicación a aquellos extranjeros que residieran legalmente en España y no acreditaran suficiencia de recursos para litigar. En este sentido, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad por entender quebrantado el derecho a tutela judicial efectiva del art. 24 CE por quedar fuera de cobertura, en este sentido, la posibilidad de impugnar las expulsiones administrativas ante el orden contencioso administrativo. Por STC 95/2003, de 22 de mayo, (EDJ 2003/10439) se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita a todo extranjero residente en España, entendida la residencia como una situación “puramente fáctica”. Finalmente, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, (EDJ 2007/188657), aplicará esta jurisprudencia y declarará la inconstitucionalidad y nulidad de la referencia “residencia” entendida como residencia legal en relación con cualquier tipo de proceso en el que los extranjeros estén legitimados.

2.2 – Derechos atribuidos por la CE a los españoles cuyo ejercicio por los extranjeros se condiciona a lo que disponga los tratados y las leyes.

Para un sector de la doctrina, por ejemplo Bastida (2004), se tratan de derechos inicialmente reconocidos por la CE sólo a los españoles o a los ciudadanos pero que el legislador los puede extender a los extranjeros para equipararlos, así, “siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (STC 107/1984, de 23 de noviembre, (EDJ 1984/107), y STC 130/1995, de 11 de septiembre, (EDJ 1995/4414)). En este sentido nos encontramos la STC 72/2005, de 4 de abril, (EDJ 2005/20109), que afectaría a derechos reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I entre los cuales nos encontramos por ejemplo derechos de seguridad e higiene en el trabajo, a la limitación de la jornada de trabajo, a las vacaciones retribuidas, a la Seguridad Social, a la protección a la salud, a una vivienda digna, etc., pero también el propio TC en otras sentencias, por ejemplo STC 115/1987,

de 7 de julio,(1987/115) y STC 236/2007, de 7 de noviembre, (EDJ 2007/188657), afirma que se encuentran dentro del grupo de los derechos condicionados y en los que es posible establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros pese a que la CE los reconozca a “*todos*” o les otorgue una titularidad impersonal. Lo que parece entenderse con esta disparidad de opiniones es que se trata de unos derechos que no se consideran imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.

Siguiendo a Gonzalo Maestro Buelga (2010, p. 53-72) los derechos condicionados de los emigrantes, en el caso de los irregulares, no solo dependerán de la disponibilidad del legislador sino también de su regularidad. El acceso a estos derechos, cuando se reconozcan, se verán afectados por una situación administrativa que actúa como determinante para el disfrute de estos derechos con el agravante de que sus destinatarios son un grupo, relevante numéricamente y de especial vulnerabilidad. Así, se puede distinguir un contenido distinto de la ciudadanía social del emigrante dependiendo de la regularidad, la minoría de edad, las situaciones de urgencia y gravedad, etc. Ciertamente, la minoría de edad se sobrepone a la situación administrativa y permite el disfrute de ciertos derechos como los de educación (art. 9 LO 2/2009) y asistencia sanitaria (art. 12.3 LO 2/2009).

Es importante hacer mención al derecho a asistencia sanitaria porque se somete exclusivamente al requisito de la inscripción en el padrón municipal para su acceso en igualdad de condiciones con los españoles (art. 12.1 LO 2/2009). Así, la asistencia sanitaria en situación de irregularidad se reserva para casos excepcionales por su urgencia o gravedad (art. 12.2 LO 2/2009).

Por último, y como señala Eduardo Ortega Martín (2010) el legislador podrá tomar en consideración el dato de la situación legal y administrativa en España y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el

ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma Ley establece para entrar y permanecer en territorio español.

2.3 – Derechos exclusivos de los españoles o de los extranjeros.

Los derechos reconocidos en el art. 23 CE son privativos de los españoles con la excepción dispuesta en el art. 13.2 CE del derecho en las elecciones municipales que podrá reconocerse por ley o tratado atendiendo a criterios de reciprocidad pero tras la reforma de la LOEx por la LO 2/2009, en su artículo 6, se ha eliminado toda referencia a la reciprocidad y pudiera parecer a primera vista que pudiera darse el derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros aunque en los países de procedencia de los mismos no se articulase el mismo derecho para los españoles aunque, bien es verdad, que el mismo artículo 6 LOEX remite a la propia Constitución, a los tratados internacionales y, en su caso, a la Ley la regulación de este derecho pasivo y aquí si se pide la reciprocidad y, además, tampoco se ha reformado el art. 176.1 LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General donde también se pide dicha reciprocidad. Por lo que respecta a los Tratados Internacionales suscritos por España en esta materia son con Noruega (6 de febrero de 1990); Países Bajos, Dinamarca y Suecia (aunque al formar estos países parte de la Unión Europea se les aplicaría el bloque normativo del Derecho Comunitario); Canje de Notas, de 12 de mayo de 2009 con la República de Chile (BOE 9 de febrero de 2010) y Canje de Notas con la República de Ecuador de 25 de febrero de 2009 (BOE 5 de enero de 2010) y en ambos se exigirá para el ejercicio en España de este derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales el tener autorización de residencia en España, haber residido de forma legal e ininterrumpida, al menos, los cinco años anteriores a su inscripción en el censo

electoral, lo cual es requisito indispensable y ejercer dicho derecho en el Municipio de residencia donde deber estar inscritos en el padrón.

Por lo que respecta al sufragio activo, la regla general es que gozarán de dicho sufragio activo en las elecciones municipales aquellos residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el coto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado, además de, darse los requisitos que para ser elector aparecen en la Ley Orgánica Reguladora del Régimen Electoral General y manifiesten su voluntad de ejercer dicho derecho.

Frente a este derecho exclusivo de los españoles, el art. 13.4 contempla un derecho de uso exclusivo de los extranjeros, el derecho a solicitar asilo en tanto que sólo a éstos es posible reconocer la condición de refugiado y garantizarle el derecho de no devolverse a su país ni expulsarle de España.

Para terminar este punto, citaremos a Magdalena Nogueira Guastavino (2008, p. 7) respecto de la triple clasificación de los derechos:

“esta clasificación de la posición jurídica de los extranjeros en España a partir de una triple clasificación de derechos sustentada en la naturaleza del derecho afectado y su mayor o menor conexión con la garantía de la dignidad humana ha sido tachada por algunos autores, García Roca, de artificial y de dudosa utilidad por su excesiva elasticidad e indeterminación. De un lado, está la problemática de determinar los derechos que afectan directamente a la dignidad humana ya que todos los derechos fundamentales existen y tienen en ella su razón de ser. En el lado opuesto, la exclusión de los derechos políticos de los extranjeros partiría de un fundamento obsoleto, cual es de identificar ciudadano con nacional en lugar de asociarlo con el de ciudadanía, aquel que participa activamente en una comunidad política en la que reside y forma parte de ella”

3 – Derechos en materia de Seguridad Social. Derecho al trabajo.

3.1 - Derechos en materia de Seguridad Social.

La progresiva equiparación de los extranjeros y los nacionales en derechos y obligaciones constituye una constante que se ha visto reflejada tanto en la

normativa internacional como en la legislación española. Esta equiparación ha alcanzado prácticamente la plena igualdad en el caso de los extranjeros trabajadores que se encuentran en nuestro país en situación regular y desarrollan una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena cumpliendo con los requisitos y condiciones establecidos legalmente. Más complicado y difuso es el tratamiento jurídico de la situación de los extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro país, a pesar de que en la práctica estén desarrollando igualmente una actividad laboral, así, están excluidos del sistema de Seguridad Social permitiéndoles únicamente el acceso a determinadas prestaciones de carácter asistencial o universal.

La protección social de los extranjeros se asienta principalmente en, de un lado, el artículo 13 CE que atribuye específicamente a los extranjeros las libertades públicas reconocidas en la CE, y de otro lado, el art. 41 que expresa y se refiere a todos los ciudadanos, no únicamente a los españoles, por lo que parece no existir una voluntad de excluir a los extranjeros con respecto a los derechos reconocidos en este art. 41 CE. En este sentido parece posicionarse el propio TC por ejemplo en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, (EDJ 1984/107), al afirmar que si bien no existe igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en cuanto al acceso a un puesto de trabajo (art. 35 CE), sí existe tal igualdad cuando se trata del ejercicio de derechos laborales una vez se ha producido la contratación.

La regulación del derecho a la protección del sistema de la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en situación regular se encuentra, de un lado, en la Ley General de la Seguridad Social, cuyo art. 7 determina los sujetos incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y, de otro lado, en la LOEx que recoge en los arts. 10, 12, 14 y 36 los requisitos, condiciones, alcance y contenido de la protección social de los extranjeros en España. Así, respecto al tema principal de este trabajo, la

autorización inicial de residencia y trabajo, una vez concedida y al darse de alta al trabajador en la Seguridad Social, disfrutará plenamente de este derecho, pues se encuentra en situación de regularidad el trabajador extranjero.

Caso distinto es la denominada irregularidad sobrevenida, cuando no ha podido renovar su permiso de residencia y trabajo por diversas circunstancias (explicadas en otro punto del trabajo) y, en este punto es importante señalar que el art. 14 LOEx declara que tendrán derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, esto es, asistencia social y sanitaria (atendiendo al art. 12 LOEx), por tanto, se les excluye del acceso a las prestaciones contributivas, salvo excepciones relativas a determinadas prestaciones y contingencias fundamentadas en convenios o compromisos internacionales suscritos por España.

Por todo ello, la modalidad contributiva se otorgará a los españoles y extranjeros residentes legales, siempre y cuando unos y otros trabajen y contribuyan. Respecto a la modalidad no contributiva se otorgará a los españoles que sean residentes y determinados extranjeros que sean residentes, así, el art. 7.5 LGSS que extiende explícitamente la modalidad no contributiva a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos. También en este sentido habrá que estar a los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos ratificados por España o por virtud del principio de reciprocidad.

Hay dos posturas doctrinales al respecto en cuanto al significado de la expresión de “*las prestaciones que pudiera corresponderles*” respecto a los trabajadores extranjeros en situación irregular:

1- De un lado, (Vida Soria, J. y otros, 2007, Pp. 74 y 76) aquellos que entienden un reconocimiento claro y explícito del derecho de los trabajadores en situación irregular a las prestaciones de la Seguridad Social en tanto que, si ya no se considera

nulo el contrato celebrado por éstos, conlleva automáticamente el reconocimiento de los derechos en materia de Seguridad Social inherentes a cualquier relación laboral, en este sentido STS de 9 de junio, (EDJ 2003/231221).

2 - Por otro lado, (Torres André, J.M., y otros, 2005, Pp. 82 y ss.), se sitúan aquellas posturas que argumentan que la norma de extranjería, art. 14, sigue exigiendo la residencia legal de los extranjeros para acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. Sostienen que una interpretación que admitiera el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social de todos los trabajadores sin autorización para el trabajo y sin residencia legal en nuestro país, sería contraria al conjunto de la política de extranjería que en la actualidad tiene entre sus ejes fundamentales desincentivar la inmigración irregular pero además entrañaría un importante impacto económico en el sistema de protección social.

3.1.1 - Protección por accidentes de trabajo y el desempleo respecto de los trabajadores extranjeros en situación irregular.

Por lo que respecta a la primera de ellas, la protección por accidentes de trabajo, el art. 36.5 LOEx tras la reforma por LO 2/2009 reconoce que la situación irregular de un trabajador extranjero no será obstáculo para el reconocimiento de dicha prestación, plasmándose dicho reconocimiento en la STS de 9 de junio de 2003, (EDJ 2003/231221).

En cuanto a la protección por desempleo, en la actualidad, se podría decir que se ha llegado a un acuerdo doctrinal aunque previamente no lo hubo.

Por un lado, y siguiendo a Pilar Charro Baena (2005 , Pp. 762-767) nos encontramos por ejemplo con la STSJ Castilla León, con sede en Valladolid, de 17 de noviembre de 2005, que llegó a reconocer la prestación por desempleo correspondiente al tiempo de prestación de servicios en situación irregular basándose en una interpretación amplia del

art. 36.3 LOEx en su versión procedente de la LO 14/2003 donde se indicaba que la falta de autorización por el empresario no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle, entendiendo estas prestaciones como que se incluyen todas incluida la de desempleo.

De otro lado, se produjeron al mismo tiempo pronunciamientos en sentido contrario, negando la protección por desempleo a los trabajadores extranjeros en situación irregular, por ejemplo la STSJ Madrid, de 16 de enero de 2007, (EDJ 2007/46964) y STSJ Madrid, de 18 de julio de 2007, (EDJ 2007/179103), apoyándose en el art.14 LOEx que distingue entre extranjeros con permiso de residencia y los que carecen del mismo reconociendo a estos últimos derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas por lo que no incluye las prestaciones de Seguridad Social entre ellas la protección por desempleo.

Así, como consecuencia de este debate, en STS de 18 de marzo de 2008, (EDJ 2008/56659) de unificación de la doctrina, niega el derecho a la protección por desempleo a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Para ello razona de la siguiente manera, de un lado, no serían aplicables los convenios 19 y 97 de la OIT ya que el primero versa en materia de indemnización por accidente de trabajo y el segundo es relativo al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social a los trabajadores migrantes en situación legal. Tampoco sería de aplicación la Recomendación 151 OIT que España no la ha ratificado. En cuanto a la LOEx, sigue el criterio de la posición denegatoria pues sólo se reconocen las prestaciones básicas a los irregulares. Además, también argumenta que por el art. 203.1 LGSS sólo se otorga derecho a desempleo a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden el empleo por lo que se excluiría los trabajadores extranjeros en situación irregular puesto que no pueden

obtener la pertinente autorización administrativa para ello. Finalmente, el art. 207 c) LGSS exige como requisito inexcusable para tener derecho a desempleo el acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y el trabajador extranjero en situación irregular nunca podrá suscribir dicho compromiso.

La solución alcanzada por el TS con esta sentencia de 18 de marzo de 2008 ha sido confirmada por el art. 36.5 LOEx tras la última reforma de la LO 2/2009 señalando expresamente que el trabajador que carezca de autorización de residencia y de trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

3.2 - Derecho al trabajo.

Tradicionalmente se ha considerado el trabajo como medio de sostenimiento de la persona y de su familia, como un atributo inmanente a la persona con carácter de derecho fundamental, en este sentido se manifiestan por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 23; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su arts. 6 y 7.

El problema de los derechos de los extranjeros en España se ha planteado, desde la perspectiva constitucional, fundamentalmente con relación a las exigencias de regularidad administrativa como requisito para el disfrute de los mismos.

El derecho al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, (EDJ 1984/107)) fue considerado como un derecho en donde la diferenciación entre españoles y extranjeros actuaba con una incidencia especial. Debe recordarse que ya en la STC 22/1981, de 2 de julio, (EDJ 1981/22), el propio Tribunal Constitucional establecía un contenido del art. 35 CE que, en su dimensión individual, incluía el igual derecho de todos a un puesto de trabajo si se cumplían los requisitos de capacitación. Todas las normas españolas sobre extranjería contemplaban la prioridad del mercado nacional en el acceso al trabajo y la desigualdad respecto a los emigrantes, a los que se confería una posición instrumental

subordinada. La regulación española de la extranjería asume el principio de preferencia como eje de construcción del estatuto del emigrante, que es congruente con la política comunitaria, la cual diseña un mercado de trabajo con una relación de subordinación-exclusión del emigrante extracomunitario. La igualdad que la Constitución sanciona, en la interpretación que el TC realiza, es una igualdad limitada, que se funda sobre la desigualdad en la entrada, en el momento de acceso a la misma condición de trabajador emigrante.

La última reforma de la Ley de extranjería (LO 2/2009) intensifica el control en el acceso, con lo que precariza e intensifica la desigualdad de su estatuto. El sistema de contingente se vuelve más rígido, más exigente, y administrativamente intensifica el control. La cierta apertura del sistema de contingentes anterior (permisos para la búsqueda de empleo relativamente abierta a personas definidas cuantitativamente en el contingente y no exigencia del contrato en origen) se cierra con la nueva ley de extranjería. Fuera de estas vías de acceso, el resultado es la irregularidad del emigrante que tiene el efecto de reducir el espacio de sus derechos sociales, amén de someterle a los procedimientos de expulsión.

Así, la LOEx en su art. 10 recoge el derecho al trabajo a los extranjeros “residentes” (expresión añadida en la última reforma de dicha LOEx por la LO 2/2009), es decir, sólo los extranjeros residentes, legales, tendrán el derecho de acceder al trabajo en España de acuerdo con los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio (STC 107/1984, de 23 de noviembre, (EDJ 1984/107), y, STC 236/2007, de 7 de noviembre, (EDJ 2007/188657), en cuanto es necesario la estancia legal en España) y no, por tanto, los que se encuentren en situación de irregularidad administrativa en nuestro país. Al efecto, hay que recordar que nuestra Constitución en su artículo 35 solamente reconoce dicho derecho

expresamente a los españoles. Se considerará, no obstante, como actos discriminatorios en el ejercicio de este derecho respecto de los extranjeros en situación de legalidad los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la formación profesional y a los servicios sociales y socio asistenciales así, obviamente, por causa de pertenencia a determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Sobre el derecho al trabajo y a la Seguridad Social (artículo 10), y ante el debate existente sobre la posibilidad de que los extranjeros puedan acceder al empleo público, se ha optado finalmente por una redacción que remite a lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público. En efecto, el artículo 10.2 dispone que *“los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*, y por consiguiente debemos acudir a dicho texto para conocer el alcance exacto de la regulación, en concreto al artículo 57 que regula el acceso al empleo de *“nacionales de otros Estados”*, que permite el acceso al régimen funcional, con algunas limitaciones, a los nacionales de Estados comunitarios y a los de otros Estados que sean parte de Tratados internacionales ratificados por España, mientras que lo limita al ámbito laboral para los restantes extranjeros *“con residencia legal en España”*. Recuérdese que el artículo 57.5 dispone que *“Sólo por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario”*.

También, con la última de las reformas de la LOEx, se recogen numerosas peticiones que se habían efectuado desde diferentes poderes públicos y organizaciones sociales para facilitar el acceso al trabajo del cónyuge (o pareja de hecho) e hijos mayores de 16 años, desde el reconocimiento de la autorización de residencia y sin necesidad de

esperar un año para poder acceder al mundo laboral, ya que así se recoge en el artículo 19.1.

También merece destacarse, en línea con otras propuestas de protección que se han aprobado en los últimos meses para las mujeres afectadas por violencia de género, que el nuevo art. 40 j dispone que no se tome en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de personas extranjeras afectadas por violencia de género.

4 – La inscripción en el Padrón Municipal como generador de derechos

La legislación actual en materia de extranjería vincula el ejercicio de determinados derechos a la inscripción en el Padrón Municipal. Este es el caso de los derechos de participación pública en el ámbito local (art. 6.2), el de asistencia sanitaria (art.12.1) o el acceso de los extranjeros menores de edad a la enseñanza no obligatoria. En otras ocasiones, la Ley condiciona la posibilidad de obtener el permiso de residencia temporal a la acreditación de una situación de arraigo (art. 31.4) en el que la permanencia y continuidad en España, que se desprende de la inscripción padronal, resulta decisiva. Y en general, el Padrón municipal sirve para determinar la vecindad en un municipio, lo cual tendrá una importancia trascendental en numerosas disposiciones de nuestro ordenamiento y para supuestos muy variados.

A continuación, vamos a detallar los derechos que nacen con la inscripción en el Padrón Municipal.

4.1 - Derecho a la asistencia sanitaria.

Recogido en el art. 41 CE en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud sin atribuir este derecho a persona alguna, ni nacionales, ni extranjeros, ni residentes legales o ilegales, dejando esta concreción a la Ley. En la LOEx se recoge este derecho en su artículo 12, así, podemos distinguir los siguientes casos que pueden darse:

- *Extranjeros residentes legales*: tendrán derecho a la asistencia sanitaria en régimen de igualdad con los españoles si están trabajando y cotizando a la Seguridad Social haciéndose cargo la misma y en el caso de no estar trabajando ni cotizando se les cobrará el importe de los tratamientos y asistencias que se les presten salvo que careciesen de recursos (sería el caso de aquellas personas cuyas rentas sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional. En el caso de superar estos baremos también sería una excepción si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional).

- *Extranjeros no residentes legales pero que estén empadronados*: igual que el anterior apartado porque el art. 12.1 LOEx los extiende el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

- *Extranjeros no residentes legales ni empadronados menores de 18 años*: el art. 12. 3 LOEx les extiende el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles.

- *Extranjeros no residentes legales ni empadronados mayores de 18 años*: tendrán derecho, en todo caso, a la asistencia sanitaria de urgencia y a la continuidad de la misma hasta el alta médica y las mujeres embarazadas, en cualquier caso, además de lo anterior, tendrán el derecho a toda asistencia sanitaria que sea necesaria durante el embarazo, parto y posparto.

4.2 - Derecho a la Educación.

El derecho a la educación es un derecho fundamental de toda persona que queda reconocido y protegido en el art. 27 CE. Además, rigen los principios de no discriminación y de compensación de las desigualdades personales, culturales,

económicas y sociales en nuestro ordenamiento jurídico a la hora del acceso al derecho a la educación como se desprende también del art. 9 LOEx.

A continuación, vamos a distinguir las distintas fases educativas para determinar el alcance de este derecho:

A) Educación básica: el art. 9 LOEx reconoce que todos los extranjeros menores de 16 años tienen el derecho y deber a la educación. Hay que resaltar la expresión “deber” puesto que su incumplimiento por los padres o guardadores del menor puede dar lugar a responsabilidades, por ejemplo, es motivo denegatorio en las renovaciones de autorización o en las solicitudes de residencia de larga duración la no escolarización de los menores. La enseñanza básica además de ser obligatoria, será gratuita y da derecho a la obtención del título acreditativo de superación de dicha educación básica.

B) Educación postobligatoria: a partir de la educación secundaria obligatoria y hasta los 18 años los extranjeros, sean o no residentes legales, tendrán derecho al acceso a esta educación en régimen de igualdad con los españoles. Algo parecido sucede con los mayores de 18 años, es decir, acceso a la fase de educación universitaria pues también tendrán acceso independientemente de su residencia legal o no al acceso de las etapas posobligatorias de la educación, obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas (en este sentido podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 marzo 2009).

4.3 - Derechos de participación pública en el ámbito local.

Ya hemos tratado el tema del sufragio pasivo y activo de los residentes extranjeros en España en las elecciones municipales. Otros derechos que aparecen en el apartado 2º del art. 6 LOEx donde se otorgan los derechos establecidos en la legislación de régimen local por el hecho de estar empadronados, además de, poder ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo normativa de aplicación, por tanto, gozarán de

los mismos derechos de participación municipal que los españoles, así, por ejemplo tendrán derecho de audiencia en el proceso de aprobación de las Ordenanzas municipales; el derecho al acceso a la información en materia de medio ambiente; la publicidad y audiencia en la tramitación de los planes urbanísticos; derecho a crear asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, con la posibilidad, incluso, de acceso a las ayudas económicas, etc.

Cap. VI

Autorización Inicial de Trabajo y Residencia. Renovaciones y Causas de extinción.

1 - Renovación en la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

La renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se presentará en cualquier registro público dirigido a la Oficina de Extranjeros correspondiente a la provincia en la que resida el trabajador, correspondiendo su iniciativa al propio trabajador inmigrante que se encuentra en situación regular en España de forma personal o mediante representante.

El plazo de la solicitud será durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la autorización lo que prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Se podrá presentar dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la autorización, sin perjuicio de la posibilidad de que sea incoado el correspondiente procedimiento sancionador.

El trabajador extranjero regular, tendrá que acreditar unos de los siguientes supuestos para la renovación de su autorización:

- Continuar con la relación laboral que dio origen a la concesión de la autorización que se va a renovar.

- Haber realizado actividad laboral durante un mínimo de seis meses por año y, o bien, haber suscrito un nuevo contrato de trabajo y figurar en alta o asimilada a alta en el momento de la solicitud, o bien, disponer de un nuevo contrato que garantice la actividad laboral del trabajador en el caso de no encontrarse en alta o en situación asimilada a alta.

- Haber realizado la actividad laboral durante un mínimo de tres meses por año siempre que la relación laboral que dio origen a la autorización se interrumpiera por

causas ajenas al trabajador, o bien, se haya buscado activamente empleo o se tenga un contrato de trabajo en vigor.

- Tener otorgada una prestación contributiva de desempleo, o,
- Ser beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral, o,
- Haber estado trabajando y en alta a la Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un periodo de doce, o de dieciocho meses en un período de veinticuatro siempre que la última relación laboral se interrumpiera por causas ajenas al trabajador o se haya buscado activamente empleo, o,
- Que el cónyuge del trabajador disponga de los requisitos económicos suficientes para reagrupar al trabajador, o,

Por lo que respecta a la documentación que tiene que aportar el trabajador extranjero regular para la renovación de su autorización de residencia y trabajo, es la señalada a continuación:

- Impreso de solicitud en modelo oficial (EX 01 – ver Anexo V) por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el trabajador.
- Copia completa del pasaporte o título de viaje en vigor.
- Documentación según el supuesto de renovación en que el trabajador se encuentre, por ejemplo, copia del nuevo contrato, concesión de la prestación contributiva, acreditación de búsqueda activa de empleo, etc.

Es importante señalar que cuando se presenta la documentación por parte del extranjero regular para la renovación de su autorización de residencia y trabajo, las tasas de residencia y de trabajo se devengarán en el momento de admisión a trámite de la solicitud, y deberán abonarse en el plazo de ocho días hábiles, debiendo comunicar su abono en los quince días siguiente.

El plazo de resolución de la solicitud de renovación de residencia y trabajo por cuenta ajena será de tres meses a contar a partir del día siguiente a la fecha en que haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya practicado la notificación, se podrá entender que la solicitud ha sido estimada por silencio administrativo.

En el plazo de un mes desde la notificación de la renovación, el trabajador deberá solicitar, personalmente, la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la Oficina de Extranjeros o, en su defecto en la Comisaría de Policía correspondiente a la provincia donde tenga fijado su domicilio. En el momento del trámite de la huella, el solicitante deberá acreditar su identidad con su pasaporte, deberá llevar el modelo oficial EX 15 (Ver Anexo X) de solicitud de la tarjeta de identidad de Extranjero, el justificante del abono de la tasas de la tarjeta y tres fotografías recientes en color, fondo blanco y tamaño carnet.

La vigencia de la renovación autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena es de dos años y permitirá el ejercicio de cualquier ocupación en cualquier parte del territorio nacional, desapareciendo, por tanto, la limitación o restricción geográfica y de actividad existente hasta ahora para el desarrollo de la actividad laboral del trabajador extranjero.

2 - Renovación en la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

La renovación de la autorización de residencia y trabajo en el caso de trabajadores por cuenta propia, su iniciativa, corresponderá al trabajador inmigrante que se encuentra en situación regular en España de forma personal o mediante representante. Se presentará en cualquier registro público dirigido a la Oficina de Extranjeros correspondiente a la provincia en la que resida el trabajador y el plazo de la solicitud será durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la autorización lo que prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del

procedimiento. Se podrá presentar dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la autorización, sin perjuicio de la posibilidad de que sea incoado el correspondiente procedimiento sancionador.

El trabajador por cuenta propia extranjero regular, tendrá que acreditar unos de los siguientes supuestos para la renovación de su autorización:

- Continuar con la relación laboral que dio origen a la concesión de la autorización que se va a renovar, siempre que se hayan cumplido las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, o,

- Que el cónyuge del trabajador disponga de los requisitos suficientes para reagrupar al trabajador, o,

- Ser beneficiario de la protección por cese de actividad.

La documentación a aportar será el impreso de solicitud en modelo oficial EX 01 (ver Anexo V) por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el trabajador; copia completa del pasaporte o título de viaje en vigor y documentación según el supuesto en que el trabajador se encuentre, por ejemplo, declaración del IRPF, IVA o Impuesto de Sociedades si se continua con la actividad que dio origen a la concesión de la autorización, acreditación de concesión de protección por cese de actividad, etc.

Al igual que para los trabajadores por cuenta ajena, las tasas de residencia y de trabajo se devengarán en el momento de admisión a trámite de la solicitud, y deberán abonarse en el plazo de ocho días hábiles, debiendo comunicar su abono en los quince días siguiente.

El plazo de resolución de la solicitud será de tres meses a contar a partir del día siguiente a la fecha en que haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya practicado

la notificación, se podrá entender que la solicitud ha sido estimada por silencio administrativo.

En el plazo de un mes desde la notificación de la renovación, el trabajador deberá solicitar, personalmente, la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la Oficina de Extranjeros o, en su defecto en la Comisaría de Policía correspondiente a la provincia donde tenga fijado su domicilio. En el momento del trámite de la huella, el solicitante deberá acreditar su identidad con su pasaporte, deberá llevar el modelo oficial EX 15(ver Anexo X) de solicitud de la tarjeta de identidad de Extranjero, el justificante del abono de la tasas de la tarjeta y tres fotografías recientes en color, fondo blanco y tamaño carnet.

La vigencia de la renovación será de dos años con excepción de la que se concede por tener otorgada en el supuesto de cese de actividad cuya vigencia será por el periodo de percibo de la prestación.

3 – Extinción de la autorización de residencia y trabajo temporal – Art. 75 RD 2393/2004

Son causas de extinción sin necesidad de pronunciamiento administrativo o de comunicación previa:

- Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido.
- Por renuncia expresa o tácita de su titular.
- En estados de excepción o de sitio, por estar obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria del permiso, de acuerdo con lo dispuesto por las autoridades competentes.

- Por la inclusión en alguno de los supuestos de prohibición de entrada, bien por no haberse conocido dicha circunstancia en el momento de su entrada, bien por haberse producido durante su permanencia en España.

Además, serán causas de extinción por resolución fundamentada de la autoridad gubernativa que lo concedió cuando concurra de alguna de las siguientes circunstancias:

- El residente extranjero deje de disponer de recursos económicos o medios de vida suficientes, asistencia sanitaria garantizada o vivienda adecuada.
- Cambie o pierda su nacionalidad, sin perjuicio de que pueda adquirir otro permiso de residencia en atención a las nuevas circunstancias.
- Desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión, es el caso de si en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero, o transcurrido un mes desde su entrada en España, no existiera constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar ha sido afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social (art. 51.14, 57.10 y 59.10 RD 2393/2004).
- Se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular.
- Deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor, salvo que pueda justificar que ha realizado los trámites necesarios para la renovación o recuperación del pasaporte o documento análogo.
- Por la permanencia fuera de España durante más de seis meses en un período de un año.

- La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España (art. 57.4 LO 4/2000 y art. 141.3 RD 2393/2000).

Capítulo VII

Novedades en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en la autorización inicial de residencia y trabajo.

Como ya expusimos en la introducción, muy recientemente se ha publicado el nuevo Reglamento (BOE núm. 103, de 30 de abril) de extranjería, RD 557/2011, de 20 de abril, y su entrada en vigor será, conforme a su disposición final tercera, a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, entrará en vigor el 01 de julio de 2011.

Este nuevo Reglamento de Extranjería, RD 557/2011, de 20 de abril, se caracteriza por su gran extensión, tiene 266 artículos (el anterior reglamento tenía 165 artículos) y 25 disposiciones adicionales (18 tenía el Reglamento anterior).

A diferencia del anterior Reglamento, como producto de su extensión, intenta ser lo más didáctico posible e ir más al detalle de toda la regulación de extranjería, aunque, esto nos lo dirá el paso del tiempo si ha logrado abarcar toda la regulación en la materia de extranjería o, como hasta la fecha, se ha necesitado de instrucciones internas del Ministerio de trabajo e inmigración, para poder regular esta materia.

Entre los principios que inspiran este nuevo Reglamento, podemos destacar los siguientes:

- Se consolida un modelo basado en la regularidad vinculado al mercado de trabajo.
- Fomenta la igualdad en derechos y deberes.
- Fortalece la cooperación entre las Administraciones (CCAA y Ayuntamientos) competentes en la integración de los inmigrantes.

- Adecuación del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura (CODC) a la realidad del mercado de trabajo.
- Objetivación en la acreditación de medios económicos, en la tramitación de las diversas autorizaciones, a través del Índice IPREM.
- Fomento de la movilidad internacional y del retorno voluntario.

Vamos a centrar este Capítulo VII únicamente en las novedades introducidas por este nuevo RD 557/2011, de 20 de abril, en lo que se refiere a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, que es el grueso de nuestro trabajo y que aparece recogido en los artículos 62 a 72.

Entre las novedades de esta regulación, podríamos destacar la contenida en el artículo 64, donde se recogen los requisitos requeridos para que puedan concederse la autorización inicial de residencia temporal y trabajo y en concreto a la exigencia de la presentación por el futuro empleador de un contrato de trabajo, y no de una oferta de trabajo, como hasta ahora. Este contrato, que deberá estar firmado por ambas partes en el momento de la presentación, su eficacia, en cuanto a la entrada en vigor, quedará obligatoriamente condicionada “al momento de la eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena”, es decir al momento del alta del trabajador en la Seguridad Social.

Esta regulación es sumamente importante, ya que condiciona tanto la eficacia de la autorización concedida como el momento en que el trabajador podrá empezar a trabajar, disponiendo tajantemente el artículo 70.7 que el alta en Seguridad Social “dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena”. Así, en el artículo 52 del todavía vigente RD 2393/2004 de 30 de diciembre, en cambio, se dispone que “El visado de residencia y trabajo por cuenta ajena incorporará la

autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, y la vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, la cual deberá hacerse constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje”.

Sobre este precepto, el Dictamen del Consejo de Estado número 515/2011, de 7 de abril, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento, ha formulado la siguiente observación: “...no se prevé si, una vez producida el alta, se retrotrae la eficacia de la autorización concedida a la fecha de entrada del extranjero en España. Tampoco el artículo 67 del Proyecto (procedimiento de otorgamiento de la autorización) ofrece una regla específica, limitándose a prever que la eficacia de la autorización quedará suspendida hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador... se sugiere, en definitiva, aclarar este extremo que no aparece suficientemente precisado en la norma en proyecto”.

Por otro lado, es también importante destacar la nueva regulación recogida en el artículo 65 sobre la determinación nacional de empleo, donde se recoge toda la explicación de cómo ha de elaborarse el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que incluirá no sólo la información facilitada por los Servicios Públicos de Empleo respecto a las ofertas presentadas por los empleadores, sino que también según el nuevo texto deberá tomar 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”. La norma dispone la publicidad de dicha oferta durante un período mínimo de 15 días para que pueda ser conocida por cualquier trabajador que se halle y resida en España, otro plazo de 25 días desde la presentación de la oferta para comunicar al servicio de empleo el resultado de la selección, y un tercero de 5 días más para que el Servicio Público de Empleo emita, en su caso, la certificación de insuficiencia de demandantes de empleo, remitiendo la norma a un desarrollo normativo

del contenido mínimo que deberá reunir dicho certificado, previo informe de la Comisión laboral tripartita de inmigración, así, deberá contener la certificación de todos los datos relativos a la oferta de empleo; la cifra de personas incluidas en la provincia y una “valoración” de si la ocupación, una vez que ha quedado probado que no hay demandantes de empleo que puedan en principio ocuparla, sí podría serlo por algunos de estos mismos demandantes “tras su participación en actividades formativas por los servicios públicos de empleo”.

El artículo 66, referente a “los medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para hacer frente a la obligaciones dimanantes del contrato de trabajo” se recogen los medios que tiene que disponer el empleador para poder contratar al extranjero y así se sienta una base que nos dará certeza a la hora de saber si es posible una contratación, lo que hasta este Real Decreto se regulaba o, a través de Instrucciones o se sabía por la práctica diaria. Así, el contrato deberá ajustarse como mínimo al Convenio aplicable al sector del contrato de acuerdo con la categoría profesional o como mínimo el Salario Mínimo Interprofesional y, una vez descontado éste, el empleador deberá obligatoriamente disponer de una cantidad que la norma considera suficiente “para atender sus necesidades y las de su familia”, siendo la del 100 % del IPREM cuando el empleador no tenga familiares a su cargo, del 200 % cuando haya un familiar a cargo, y con el 50 % del IPREM adicional por cada nuevo miembro de la unidad familiar.

Otras novedades sobre la autorización inicial de residencia y trabajo nos lo encontramos en el artículo 67 donde se trata evitar situaciones de irregularidad sobrevenida por causas no imputables al trabajador. Así, en los números 8 y 9 de este artículo 67 se dispone que el trabajador que no va a prestar sus servicios para el empleador que lo contrató pueda hacerlo para otro, por tiempo determinado y en casos concretos, muerte

del empresario (con un plazo de 60 días desde que entró en España para el alta por el nuevo empleador) o incapacidad de contratación por parte del empresario con comunicación previa de éste al Servicio Público de Empleo y con un plazo para el extranjero de 45 días desde la comunicación para el alta por el nuevo empleador.

También debe hacerse mención del artículo 68, que regula el procedimiento en el caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena a las CC.AA, por lo que se referirá actualmente a Cataluña y preverá la más que posible asunción por otras CCAA de estas facultades. En este artículo se ve claramente la coordinación que tiene que haber entre el Estado (encargado de todos los aspectos referentes a la residencia) y la CCAA. Así, señala el punto 5 que “a la vista de la documentación...los órganos competentes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente deberán dictar, de manera coordinada y concordante, una resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena...”

El artículo 69 trata sobre las denegaciones de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Se incluyen como causa de denegación de la autorización el hecho de que el empleador haya sido sancionado por faltas graves (y no sólo muy graves), y también cuando haya sido condenado por sentencia firme (y no hayan sido cancelado los antecedentes penales) por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (y no sólo contra los derechos de trabajadores).

El artículo 71, que regula las renovaciones de las autorizaciones iniciales, equipara las parejas de hecho al matrimonio en el caso de que cumpla los requisitos económicos previstos para poder reagrupar al trabajador y, así poder renovar, es decir, en defecto de acreditar por ejemplo los meses de cotización requeridos, se acredita los medios económicos del cónyuge o de su pareja de hecho.

Otra de las novedades, en este artículo 71 de las renovaciones es que en caso de tener hijos se exigirá aportar informe emitido por las autoridades autonómicas que acredite “la escolarización de los menores a cargo de edad en escolarización obligatoria”, que en la práctica habrá que ver qué organismo se encargará de ello puesto que no se articula el procedimiento y no se recogen los lugares de solicitud y/o emisión de tales informes.

Además, en cuanto a los requisitos para poder renovar, se regula como novedad que en caso de incumplir todos o alguno de los requisitos exigidos para la renovación se valorará el esfuerzo de integración del extranjero acreditándolo mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia, en este sentido se establece como un contenido mínimo de ese informe, habrá que recoger las certificaciones de las acciones formativas realizadas por el interesado en las materias señaladas en los artículos, con mención del tiempo de formación dedicado a cada uno de ellos y desarrolladas por entidades públicas o privadas debidamente acreditadas.

Conclusiones

Para una mejor comprensión del ordenamiento jurídico español en materia de extranjería hay que estudiar, en primer lugar, las políticas de inmigración llevadas a cabo en la Unión Europea y como hemos podido comprobar éstas se han decantado en los últimos años por intentar atender dos objetivos, por un lado, garantizar la seguridad y, por otro, controlar el número de inmigrantes que entran en la Unión europea. Hay que destacar, también, que se han desarrollado desde la Unión Europea y, por tanto, afecta a todos sus países miembros pues tienen que trasladar a sus ordenamientos jurídicos toda esta normativa, las políticas de integración en la sociedad europea respecto de los extranjeros residentes en la Unión aunque éstas sólo afectan a los extranjeros que se encuentran en situación de regularidad administrativa, obviando a toda aquella masa social de extranjeros que se encuentran en situación de irregularidad.

Respecto a nuestra normativa en el ámbito de la extranjería, hay que destacar las continuas reformas efectuadas en la materia, sobre todo, desde el año 2000 que se aprobó la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Estas continuas reformas nos indica perfectamente el grado de complejidad existentes en la materia y sobre todo nos refleja el grado de dependencia en su regulación de distintos factores en la sociedad, como por ejemplo, orientación política del partido político gobernante, situación económica del país, regulación jurídica europea a través de Directivas, de obligada transposición en el ordenamiento español...

Por lo que respecta a las formas de acceso a los permisos de residencia y/o de trabajo en España, nos encontramos con diversos supuestos que pueden estar interrelacionados o no y con distintos grados de complejidad en su acceso.

En este trabajo nos hemos detenido en el estudio de la autorización inicial de residencia y trabajo, estudiando en detalle los requisitos de acceso, su procedimiento y por último cómo se renueva al año de su concesión o cómo se extingue y el porqué de su no concesión.

Como hemos apuntado anteriormente respecto de lo que afecta la situación coyuntural del momento en la materia de extranjería, es en el estudio de la autorización inicial donde alcanza su máximo exponente. Así, habrá que atender para su concesión a la situación nacional de empleo; estará limitado por el catálogo de difícil cobertura (que recoge los empleos que permiten la contratación de una persona extranjera de régimen no comunitario y que, sobre todo, desde el año 2009, con la crisis económica que padecemos, lo primero en atender es al mercado nacional, a los comunitarios y a todos aquellos que estén regularmente en España, limitando, por tanto, la entrada de extracomunitarios que estén fuera de territorio español)... es por ello, que determinada doctrina, como Julia López López (2005) califique a las políticas de inmigración como *“una pieza más del mercado de trabajo se hace incompatible con una lectura desde la dignidad de las personas además de que la integración de los inmigrantes se condiciona de forma patológica con el trabajo”* basándose para ello en el establecimiento para el acceso al mercado de trabajo de la fijación del contingente calificándolo como *“uno de los máximos exponentes de una política mercantil de acogida a los inmigrantes, que les da el tratamiento de factor de producción que el mercado nacional necesita y que no puede ser cubierta por la oferta nacional. Habría que destacar que la consecuencia más intolerable a nivel social respecto a estas políticas de acogida es que los no productivos, personas por ejemplo enfermas o ancianas, no entran en el programa”*.

Como ya hemos repetido a lo largo de este trabajo, la situación económica por la que atraviesa España en estos momentos influye notoriamente en la concesión de la autorización inicial de trabajo unido a otros problemas en su regulación, como por ejemplo, la dificultad de poner en contacto la oferta y la demanda de trabajo a través de los servicios públicos de empleo como órganos de intermediación; la lentitud del proceso de concesión o su denegación lo que dificulta que el empresario, aunque haya contactado con el trabajador en su país de origen, acabe contratando al trabajador; falta de coordinación entre las distintas administraciones involucradas en el proceso de concesión, así por ejemplo, consulados, subdelegaciones, delegaciones y desde hace poco tiempo las Comunidades Autónomas, en especial Cataluña que, de momento es la única que ha asumido competencias en esta materia, en cuanto a su tramitación. Señalar que aún es pronto para hacer una valoración en cuanto a la coordinación con la Administración Central y, sobre todo, con el necesario mantenimiento de la igualdad en la protección de los derechos para evitar que se produzcan diferencias importantes entre las Comunidades Autónomas en la aplicación de la legislación de extranjería.

También hemos tratado en el trabajo el tema relacionado con los derechos de emigrantes en España desde la óptica de su situación administrativa de regularidad, una vez concedida la correspondiente autorización de residencia y/o trabajo y, en particular, la autorización inicial de trabajo, pero también hemos hecho referencia a los derechos que se les reconoce a los extranjeros que se encuentran en situación de irregularidad. Hemos de destacar la progresiva equiparación de los extranjeros, en situación de regularidad, y los nacionales en derechos y obligaciones (aunque aún hoy no sea total, por ejemplo el acceso a la función pública, períodos obligatorios de cotización para poder renovar su estancia regular en el país, lo que conlleva, también, el acceso a determinados derechos, como por ejemplo la prestación por desempleo).

Más complicado es el tratamiento jurídico de la situación de los extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro país, a pesar de que en la práctica estén desarrollando igualmente una actividad laboral, así, por ejemplo, están excluidos del sistema de Seguridad Social permitiéndoles únicamente el acceso a determinadas prestaciones de carácter asistencial o universal.

Para terminar, hemos hecho un capítulo final explicando una nueva modificación en materia de extranjería y que entrará en vigor el próximo 01 de julio del año 2011, es el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril).

Señalar que no hay grandes cambios en lo esencial de la política migratoria en nuestro país pues sigue la línea continuista de sus predecesoras, así como principios inspiradores nos encontramos la consolidación de un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo y el fomento de la integración y la igualdad de derechos y deberes. Además, también se limita a transponer las Directivas de la Unión Europea en esta materia y que todavía no estaban desarrolladas en el anterior Reglamento como por ejemplo en materia en investigadores (Directiva 2005/71) y profesionales altamente cualificados (Directiva 2009/50).

ANEXO I –SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA.

ANEXO II –SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR.

ANEXO III –AUTORIZACIÓN DURACIÓN DETERMINADA.

**ANEXO IV –AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO
EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS.**

N.I.E.

Nº PASAPORTE

1) DATOS PERSONALES DEL EXTRANJERO

1er Apellido 2º Apellido
 Nombre Fecha de nacimiento (1)
 Lugar de nacimiento Sexo (2) H M Estado civil (2) S C V D Sp
 País de nacimiento País de nacionalidad
 Nombre del padre Nombre de la madre
 Domicilio en España C./Pl. Nº Piso
 Tel. Localidad C.P. Provincia

2) DATOS RELATIVOS A LA AUTORIZACIÓN QUE SE SOLICITA (2)

Autorización inicial Prórroga

SUPUESTOS DE ACCESO (art. 63 Reglamento aprobado por R.D.2393/2004)

- Desplazamiento temporal de trabajadores en ejecución de un contrato de prestación de servicios en España (art. 63 a.)
 Desplazamiento temporal de trabajadores a centros de trabajo en España de la misma empresa o grupo empresarial (art. 63 b.)
 Desplazamiento temporal de trabajadores altamente cualificados para la supervisión o asesoramiento de obras o servicios a realizar en el exterior (art. 63 c.)

SUPUESTOS ESPECÍFICOS alegados por el trabajador desplazado (Art. 40 L.O. 4/2000) especificar :
 NO

3) DATOS DEL SOLICITANTE (EMPRESA QUE PRETENDE DESPLAZAR O REPRESENTANTE LEGAL

Nombre del solicitante C.I.F. o N.I.F.
 Actividad de la empresa
 Ocupación o puesto de trabajo
 Domicilio Nº Piso
 Localidad C.P. Provincia Centro Trabajo

4) DATOS DE LA EMPRESA BENEFICIARIA DE LA PRESTACIÓN TRANSNACIONAL DE SERVICIOS

Nombre/Razón Social Empresa C.I.F. o N.I.F.
 Actividad de la empresa
 Ocupación o puesto de trabajo
 Domicilio Nº Piso
 Localidad C.P. Provincia Centro Trabajo

5) DATOS DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL SOLICITANTE, EN LOS CASOS DE EXCEPTUACIÓN DE OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN PERSONAL DE LA SOLICITUD

D./Dª DNI/NIE
 Título en base al cual se ostenta la representación:

Firma:

6) DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES

C./Pl. Nº P
 Localidad C.P. Provincia

..... de de

Firma del solicitante

RESOLUCIÓN ADOPTADA

FECHA	<input type="text"/>
AUTORIDAD	<input type="text"/>
CONCEDIDA	<input type="checkbox"/>
DENEGADA	<input type="checkbox"/>
FECHA INICIOEFECTOS	<input type="text"/>
FECHA CADUCIDAD	<input type="text"/>



SI NO Consiento la comprobación de mis datos de identidad y domicilio a través del Sistema de Verificación de Datos de Identidad y Residencia.
 (En caso de no consentir, deberá aportar fotocopia compulsada de la documentación requerible)

(1) Rellenar utilizando 2 dígitos para el día, 2 para el mes y 4 para el año y en éste mismo orden (2) Márquese con X el cuadro que proceda.
 Según el art. 5.1 L. O. 15/1999, se informa que los datos que suministren los interesados necesarios para resolver su petición se incorporarán a un fichero cuyos destinatarios serán los organismos con competencias en extranjería, siendo responsables del mismo la D. Gral de Inmigración, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y las subdelegaciones del Gobierno. El interesado podrá ejercitar su derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante los organismos mencionados

ANEXO V –SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO.

**ANEXO VI – MODIFICACIÓN DEL ÁMBITO TERRITORIAL Y LA
OCUPACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO
INICIAL POR CUENTA AJENA.**



HOJA INFORMATIVA Nº 44

MODIFICACIÓN DEL ÁMBITO TERRITORIAL Y LA OCUPACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO INICIAL POR CUENTA AJENA

Fecha de actualización: noviembre de 2010.

1.- NORMATIVA DE APLICACIÓN:

- Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (artículos 36 y 38).
- Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (artículo 99).
- Circular SGMG/02/2009, sobre el impulso y agilización de procedimientos relativos a solicitudes de modificación del ámbito geográfico y/o sectorial de limitación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena; y de modificación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena para acceder a otra de trabajo por cuenta propia, o viceversa.

2.- TIPO DE AUTORIZACIÓN

Se trata de una autorización que modifica la ocupación y/o el ámbito territorial de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial de la que es titular un trabajador extranjero.

3.- REQUISITOS NECESARIOS

1. Ser titular de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

2. Poseer la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.



3. El contrato deberá garantizar actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar.
4. La empresa solicitante deberá estar inscrita en el régimen del sistema de Seguridad Social y encontrarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, y acreditar la solvencia necesaria para la contratación.
5. Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se deberán ajustar a las establecidas por la normativa vigente.
6. En el supuesto de modificación de ocupación, que la situación nacional de empleo permita la contratación. Lo permite si:
 - a. La ocupación que va a desempeñar el trabajador en la empresa está incluida en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que el Servicio Público de Empleo Estatal publica trimestralmente.
 - b. Un Servicio Público de Empleo certifica que la gestión de la oferta de empleo ha concluido con resultado negativo
 - c. La autorización va dirigida a nacionales de Estados con los que España haya suscrito acuerdos internacionales (Chile y Perú).
 - d. Es un supuesto recogido en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000.

4.- DOCUMENTACIÓN A APORTAR

1. Impreso de solicitud en modelo oficial (EX 01), por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el trabajador extranjero. Dicho impreso puede obtenerse en www.mpt.es

Documentación referida al trabajador

2. Copia completa del pasaporte o título de viaje o, en su caso, cédula de inscripción en vigor, del trabajador extranjero. Deberá exhibirse el documento original en el momento de presentar la solicitud.
3. Tarjeta de Identidad del extranjero o resolución de concesión de autorización de residencia y trabajo.
4. Titulación o acreditación de que el trabajador posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.

Documentación referida a la empresa o empleador

5. Documentación que identifique a la empresa. Deberá exhibirse el documento original en el momento de presentar la solicitud:
 - Si se trata de un empresario individual: copia del NIF ó NIE
 - Si se trata de una persona jurídica (S.A, S.L., Cooperativa, etc):
 - Copia del NIF de la empresa y copia de la escritura de constitución debidamente inscrita en el Registro correspondiente
 - Documento público que acredite la representación legal de la empresa.
 - Copia del NIF ó NIE del firmante del contrato.
6. Contrato de trabajo que debe suscribir el trabajador extranjero con la empresa que le contrata; si no figura la firma del trabajador, deberá hacerse constar en el mismo que la empresa se compromete a garantizar las condiciones contractuales cuando la autorización solicitada adquiera su eficacia.



7. Acreditación de que la empresa garantiza la solvencia necesaria, a través de: la declaración del IRPF, o del IVA, o del Impuesto de Sociedades o del informe de la vida laboral de la empresa (VILE). Asimismo, debe aportarse una memoria descriptiva de la ocupación a realizar. En servicio doméstico deberá presentar documentación acreditativa de que el empleador tiene recursos económicos suficientes para la contratación: Copia de la última declaración del IRPF o certificación de los ingresos emitida por la Administración Tributaria u otra documentación que acredite solvencia suficiente para la contratación.

8. En el caso de que se trate de una modificación de ocupación:

- o Documentación acreditativa de no tener en cuenta la situación nacional de empleo. (Ver cuadro con los supuestos más comunes).
- o Si no se acredita la exención de la situación nacional de empleo, certificado del servicio público de empleo en el que conste que la gestión de la oferta de empleo ha concluido con resultado negativo.

Nota importante: cuando se aporten documentos de otros países deberán estar traducidos al castellano o lengua cooficial del territorio donde se presente la solicitud. Todo documento público extranjero deberá ser previamente legalizado por la Oficina consular en España con jurisdicción en el país en el que se ha expedido dicho documento y por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación salvo en el caso en que dicho documento haya sido apostillado por la Autoridad competente del país emisor según el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961.

5.- INFORMACION SOBRE EL PROCEDIMIENTO

- ② Sujeto legitimado para presentar la solicitud: el extranjero personalmente o a través de representación.
- ② Lugar de presentación: cualquier registro público y dirigido a la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, en el Área o Dependencia de Trabajo e Inmigración de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que concedió la autorización inicial, o de la provincia donde se vaya a desarrollar la actividad, (Información de direcciones, teléfonos y horarios de atención en www.mpt.es y www.extranjeros.mtin.es).
- ② Las tasas de trabajo: se devengarán en el momento de admisión a trámite de la solicitud, y deberán abonarse en el plazo de ocho días hábiles, debiendo

comunicar su abono en los quince días siguientes, siempre que se solicite autorización de trabajo para un periodo superior a seis meses:

- Modelo 990: a abonar por el empleador.....76,81 euros
- ② Plazo de resolución de la solicitud: un mes contado a partir del día siguiente a la fecha en que haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya practicado la notificación, se podrá entender que la solicitud ha sido estimada por silencio administrativo.
- ② La eficacia de la autorización de residencia y trabajo concedida, está condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social. Cumplida la condición, la autorización comenzará su período de vigencia.
- ② En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión, el trabajador extranjero deberá solicitar, personalmente, la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la Oficina de Extranjeros o, en su defecto en la Comisaría de Policía correspondiente a la provincia donde tenga fijado su domicilio
- ② El solicitante exhibirá en el momento del trámite de huella su pasaporte o título de viaje para acreditar su identidad y aportará:
 1. Solicitud de tarjeta de identidad de Extranjero, en modelo oficial (EX 15) disponible en www.mpt.es
 2. Justificante del abono de la tasa de la tarjeta.
 3. Acreditación de la afiliación y/o alta de la Seguridad Social, en su caso.
 4. Tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.

La tasa por la expedición de la tarjeta asciende a 15 euros.

ANEXO VII – CATÁLOGO DE OCUPACIONES DE DIFÍCIL COBERTURA

PRIMER TRIMESTRE 2011.

CATÁLOGO DE OCUPACIONES DE DIFÍCIL COBERTURA (1º trim. 2011)

ASTURIAS	ASTURIAS		21400014	farmacéutico, en general	
ASTURIAS	ASTURIAS		27200070	enfermero de empresa (higiene trabajo)	
ASTURIAS	ASTURIAS		28390015	profesor técnico de formación profesional, en general	
ASTURIAS	ASTURIAS		30430011	técnico en equipos de radioelectrología médica	
ASTURIAS	ASTURIAS		31240019	protésico dental	
ASTURIAS	ASTURIAS		31240028	higienista (bucodental)	
ASTURIAS	ASTURIAS		31340018	terapeuta ocupacional	
ASTURIAS	ASTURIAS		35320014	animador comunitario, en general	
ASTURIAS	ASTURIAS		35320032	coordinador de tiempo libre	
ILLES BALEARS	ILLES BALEARS	Menorca	31340018	terapeuta ocupacional	
ILLES BALEARS	ILLES BALEARS	Menorca	76240083	instalador de líneas de telecomunicación	
ILLES BALEARS	ILLES BALEARS		Eivissa y Formentera	21210011	médico, medicina general
CANARIAS	LAS PALMAS	Fuerteventura	83110021	operador tornero-fresador (fabricación)	
CANARIAS	LAS PALMAS	Gran Canaria	21210011	médico, medicina general	
CANARIAS	LAS PALMAS	Gran Canaria	21210431	médico especialista en pediatría y sus áreas específicas	
CANARIAS	LAS PALMAS	Gran Canaria	26590286	ingeniero técnico aeronáutico	
CANARIAS	LAS PALMAS	Gran Canaria	27120022	ingeniero técnico forestal	
CANARIAS	LAS PALMAS	Lanzarote	21210011	médico, medicina general	
CANARIAS	LAS PALMAS	Lanzarote	26520016	ingeniero técnico en electricidad, en general	
CANARIAS	LAS PALMAS	Lanzarote	62410012	encargado o capataz forestal	
CANARIAS	STA. CRUZ TENERIFE		La Gomera	30250046	técnico de mantenimiento de equipos electromecánicos
CANARIAS	STA. CRUZ TENERIFE		La Palma	26390019	ingeniero técnico en informática, en general
CANARIAS	STA. CRUZ TENERIFE		Tenerife	21130027	ingeniero de montes
CANARIAS	STA. CRUZ TENERIFE		Tenerife	21210011	médico, medicina general
CANARIAS	STA. CRUZ TENERIFE		Tenerife	21210253	médico especialista en medicina familiar y comunitaria
CANARIAS	STA. CRUZ TENERIFE		Tenerife	21400047	farmacéutico de farmacia hospitalaria
CANARIAS	STA. CRUZ TENERIFE		Tenerife	27120022	ingeniero técnico forestal
CASTILLA Y LEÓN	AVILA			21210011	médico, medicina general
CATALUÑA	BARCELONA			21210011	médico, medicina general
CATALUÑA	BARCELONA			30230349	técnico de planta de captación y/o tratamiento de agua
CATALUÑA	BARCELONA			81630035	operador de planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos
CATALUÑA	GIRONA			21210011	médico, medicina general
CATALUÑA	GIRONA			30230349	técnico de planta de captación y/o tratamiento de agua
CATALUÑA	GIRONA			81630035	operador de planta de tratamiento de residuos sólidos

urbanos

CATALUÑA	LLEIDA	21210011	médico, medicina general
CATALUÑA	LLEIDA	30230349	técnico de planta de captación y/o tratamiento de agua
CATALUÑA	LLEIDA	81630035	operador de planta de tratamiento de residuos sólidos
urbanos			
CATALUÑA	TARRAGONA	21210011	médico, medicina general
CATALUÑA	TARRAGONA	30230349	técnico de planta de captación y/o tratamiento de agua
CATALUÑA	TARRAGONA	81630035	operador de planta de tratamiento de residuos sólidos
urbanos			
MADRID	MADRID	21210075	médico especialista en anestesiología y reanimación
MADRID	MADRID	21210114	médico especialista en cardiología
MADRID	MADRID	21210383	médico especialista en obstetricia y ginecología
MADRID	MADRID	21210431	médico especialista en pediatría y sus áreas específicas
MADRID	MADRID	21210486	médico especialista en traumatología y cirugía ortopédica
MURCIA	MURCIA	21210011	médico, medicina general
MURCIA	MURCIA	21210235	médico especialista en medicina del trabajo
MURCIA	MURCIA	21210253	médico especialista en medicina familiar y comunitaria
MURCIA	MURCIA	21210440	médico especialista en psiquiatría
PAÍS VASCO	GUIPUZCOA	75130127	calderero-tubero (fabricación de construcciones metálicas)
PAÍS VASCO	GUIPUZCOA	83230017	operador de máquinas
desbarbadoras, pulidoras y bruñidoras de		metales	
MELILLA	MELILLA	21130018	ingeniero en agronomía
MELILLA	MELILLA	31340018	terapeuta ocupacional

Ocupaciones aprobadas por Acuerdo con la Secretaría de Estado para 35450012 deportista profesional
el Deporte, que aparecen en todas las provincias e islas 35450227 entrenador deportivo

		30240070	oficial radioelectrónico de la marina mercante
		30510016	jefe de máquinas de buque mercante
		30510027	maquinista naval
		30510038	frigorista naval
		30510049	mecánico naval
		30510050	mecánico de litoral (motorista naval)
Ocupaciones aprobadas por Acuerdo de los Agentes Sociales en el		30520057	piloto de buque mercante
sector de la Marina Mercante, que aparecen en todas las		30520079	sobrecargo de buques
provincias costeras más LLeida y Madrid.		50100040	cocinero de barco
		51410025	azafata o auxiliar de buque de pasaje
		51410036	camarero de barco
		51410047	mayordomo de buque
		81620027	calderero (maestranza)
		81620049	engrasador de máquinas de barcos
		85500011	contra maestre de cubierta (excepto pesca)
		85500020	marinero de cubierta (excepto pesca)
		85500042	mozo de cubierta

85500053 bombero de buques especializados

**ANEXO VIII – MODELO OFICIAL. SOLICITUD DE EXCEPCIÓN A LA
AUTORIZACIÓN DE TRABAJO.**

ANEXO IX – SUJETOS LEGITIMADOS.



HOJA INFORMATIVA Nº 59

SUJETOS LEGITIMADOS

Actualizado a noviembre 2010

EMPLEADOR/ EMPRESA	DOCUMENTACIÓN	SUJETO LEGITIMADO	
		o NIF del funcionario o trabajador que presenta la solicitud.	FIRMAR LA SOLICITUD
o Empresario individual	o NIF ó NIE*		o El propio empleador o empresario
o Sociedades Anónimas (S.A.) o Sociedades Limitadas (S.L.)	o NIF de la Sociedad. o Documento público inscrito en el Registro Mercantil en el que se confiere al Representante el poder de representación de la sociedad o NIF ó NIE* del Representante, firmante de la solicitud. o En caso de no presentar la solicitud el representante: o Apoderamiento para presentar solicitudes o NIF ó NIE* del presentador de la solicitud. o Acreditación de la relación laboral entre la empresa y el presentador de la solicitud.		o El Representante de la Sociedad (persona física que aparece en el Documento público inscrito en el Registro Mercantil con poder de representación).
o Fundaciones o Asociaciones	o NIF de la Fundación o Asociación. o Estatutos de la Fundación o Asociación. o NIF ó NIE* del Representante, firmante de la solicitud. o En caso de no presentar la solicitud el Presidente o Representante: o Documento público de otorgamiento de poderes inscrito en el correspondiente Registro de Asociaciones/Fundaciones. o NIF ó NIE. del apoderado para presentar solicitudes.		o Presidente del Patronato o quien ostente la representación de la Asociación.
o Administraciones u Organismos Públicos.	o NIF. de la Administración u Organismo Público o Resolución por la que se delega la competencia para la contratación. o NIF ó NIE de la persona con competencia para contratar empleados. o En caso de no presentar la solicitud quien ostente la competencia para la contratación: o Resolución por la que se delega la competencia para la presentación de la solicitud.		o Quien ostente la competencia para la contratación de empleados.

PRESENTAR LA SOLICITUD

- El propio empleador o empresario
- El Representante de la Sociedad (persona física que aparece en el Documento público inscrito en el Registro Mercantil con poder de representación).
- En su caso, Apoderado para presentar la solicitud que tenga relación laboral con la empresa.
- El Presidente del Patronato o quien ostente la representación de la Asociación.
- En su caso, aquel que tenga poder otorgado para presentar la solicitud.
- Quien ostenta la competencia para la contratación de empleados.
- En su caso, aquel que tenga poder para presentar la solicitud.

* La presentación de la fotocopia del NIF se requerirá únicamente cuando el sujeto legitimado no consienta la comprobación de sus datos de identidad a través del Sistema de Verificación de Datos de Identidad



EXTRANJEROS

ADMINISTRACIÓN
GENERAL
DEL ESTADO

Solicitud de Tarjeta de Identidad de
Extranjero
(L.O. 4/2000 y Reglamento aprobado por
R.D. 2393/2004)

Espacios para sellos
de registro

N.I.E. - -

Nº PASAPORTE

ANEXO X –SOLICITUD DE TARJETA DE

1) DATOS PERSONALES DEL EXTRANJERO

1er Apellido	<input type="text"/>		2º Apellido	<input type="text"/>								
Nombre	<input type="text"/>				Fecha de nacimiento (1)	<input type="text"/>						
Lugar de nacimiento	<input type="text"/>				Sexo (2)	<input type="text"/>	<input type="text"/>	Estado civil (2)	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
País de nacimiento	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	País de nacionalidad	<input type="text"/>						
Nombre del padre	<input type="text"/>				Nombre de la madre	<input type="text"/>						
Domicilio en España C./Pl.	<input type="text"/>						Nº	<input type="text"/>	Piso	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Tel.	<input type="text"/>	Localidad	<input type="text"/>	CP	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	Provincia	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

IMPRESO GRATUITO. PROHIBIDA SU VENTA

2) TIPO DE TARJETA QUE SOLICITA (2)

<input type="checkbox"/>	ESTANCIA POR ESTUDIOS O INVESTIGACIÓN	<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA TEMPORAL 1ª RENOVACIÓN	<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA TEMPORAL 2ª RENOVACIÓN
<input type="checkbox"/>	TRABAJADOR TRANSFRONTERIZO	<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA REAGRUPACIÓN FAMILIAR	<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA PERMANENTE
<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA TEMPORAL INICIAL	<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA Y TRABAJO 1ª RENOVACIÓN	<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA Y TRABAJO 2ª RENOVACIÓN
<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA CIRC. EXCEPCIONALES	<input type="checkbox"/>	AUT. TRANSNACIONALIDAD SERVICIOS	<input type="checkbox"/>	EXCEPCIÓN AUTORIZACIÓN DE TRABAJO
<input type="checkbox"/>	AUT. RESIDENCIA Y TRABAJO INICIAL				
<input type="checkbox"/>	AUT. TRABAJO DURACIÓN DETERMINADA				
<input type="checkbox"/>	RESIDENCIA LARGA DURACIÓN-CE				
<input type="checkbox"/>	DUPLICADO DE TARJETA (robo, extravío, destrucción o inutilización)	<input type="checkbox"/>	MODIFICACIÓN DE SITUACIÓN (art. 96 y 98 Reglamento aprobado por R.D. 2393/2004)	<input type="checkbox"/>	CAMBIO DE DATOS DE LA TARJETA

3) DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES

C/Pl.	<input type="text"/>				N.º	<input type="text"/>	Piso	<input type="text"/>
Localidad	<input type="text"/>	C.P.	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	Provincia	<input type="text"/>	<input type="text"/>

SI NO Consiento la comprobación de mis datos de identidad y domicilio a través del Sistema de Verificación de Datos de Identidad y (En caso de no consentir, se deberá presentar fotocopia compulsada de la documentación requerible)

..... de de
Firma del solicitante

(1) Rellenar utilizando 2 dígitos para el día, 2 para el mes y 4 para el año y en éste mismo orden (2) Márquese con X el cuadro que proceda. Según el art. 5.1 L. O. 15/1999, se informa que los datos que suministren los interesados necesarios para resolver su petición se incorporarán a un fichero de la Administración del Estado con competencias en extranjería, siendo responsables del mismo las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, la Dirección General de Inmigración. El interesado podrá ejercitar su derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante los organismos mencionados.

RELLENAR EN MAYÚSCULAS A MÁQUINA, ORDENADOR O CON BOLÍGRAFO NEGRO Y LETRA DE IMPRENTA. PRESENTAR ORIGINAL Y COPIA.



BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M.R., Los derechos laborales individuales y de seguridad social de los inmigrantes. Estudios de Derecho Judicial 76-2005. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial.
- BALLESTER PASTOR, M. A, El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España, Tirant lo Blanch “Colección laboral” 39. Valencia, 1997
- BASTIDA FREIJEDO F., VILLAVERDE MENÉNDEZ I., REQUEJO RODRÍGUEZ P., PRESNO LINERA M., ALÁEZ CORRAL M., FERNÁNDEZ SARASOLA I., Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- BOZA MARTÍNEZ, D, DONAIRE VILLA, F.J, MOYA MALAPEIRA, D. y otros. Comentario a la reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009). Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CALVO, M., La Inmigración en España: estado de la cuestión. Universidad de Alcalá, 2010. Servicio de Publicaciones.
- CEINOS SUAREZ, A, El trabajo de los extranjeros en España. Walters Kluwer España, SA, 2006
- CHARRO BAENA, P., Trabajo irregular de extranjero y prestación por desempleo. Comentario a la STSJ Castilla y León / Valladolid de 17 (AS 2005, 3384) y 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3387). Aranzadi social, 2005, págs. 762-767 (ISSN 1131-5369, N° 5).
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R, (Coord.), Inmigración y movilidad de los trabajadores. Ed. La Ley. 1ª Ed. Madrid, Mayo 2010.



- GARCÍA VITORIA, I., La descentralización de la autorización inicial de trabajo. Ponencia II Congreso anual REPS. Centro de Ciencias Humanas y Sociales, CSIC, Madrid, 2010.
- LÓPEZ LÓPEZ, JULIA, (coord.), Derechos laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2006.
- MAESTRO BUELGA, G., Los derechos sociales de los emigrantes. Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010, p-53-72.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., - Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. Las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 y 259/2007, como reconstrucción de una doctrina constitucional confusa. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N.º 18 DICIEMBRE 2008.
- ORTEGA MARTÍN, E., Manual práctico de Derecho de Extranjería. Ed. La Ley. 4ª Ed., Madrid, Marzo 2010.
- RAMOS QUINTERO, M. I, El trabajo de los extranjeros en España. Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M, Regulación legal de la extranjería e inmigración en España. 2006, Universidad Pontificia de Comillas: Documentos Prácticos del Instituto de Estudios sobre Migraciones, 3.
- TORRES ANDRÉ, J. M., La situación de los extranjeros en relación con el orden social, Consejo General del Poder Judicial, 2005, págs.. 82 y ss.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, A., La nueva reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: notas clave para su comprensión. Revista de Estudios Jurídicos 9/2009 (Segunda Época).
- VALDUEZA BLANCO, M. D, El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España. Lex Nova, Valladolid, 2008.



VIDA SORIA, J. y OTROS, Manual de Seguridad Social, Editorial Tecnos, Madrid,
2007.



Colección de Papeles de discusión del IELAT:

- No. 1 (Noviembre 2011): Iris María Vega Cantero. "Aproximación al estudio jurídico de la problemática de los menores extranjeros no acompañados. Especial referencia al tratamiento en Cataluña"
- No. 2 (Diciembre 2011): Juan Antonio Sánchez Hernández. "La autorización inicial de residencia temporal y trabajo"





Todas las publicaciones están disponibles en la página Web del Instituto: www.ielat.es

© Instituto de Estudios Latinoamericanos (IELAT)

Los papeles de discusión son un espacio de debate para investigadores que deseen exponer los resultados de sus trabajos académicos conectados con las líneas de investigación prioritarias del IELAT. Cada uno de ellos ha sido seleccionado y editado por el IELAT tras ser aprobado por la Comisión Académica correspondiente.

Desde el IELAT animamos a que estos documentos se utilicen y distribuyan con fines académicos indicando siempre la fuente. La información e interpretación contenida en los documentos son de exclusiva responsabilidad del autor y no necesariamente reflejan las opiniones del IELAT.

Instituto de Estudios Latinoamericanos
Colegio de Trinitarios
C/Trinidad 1 – 28801
Alcalá de Henares (Madrid)
España
34 – 91 885 2579
ielat@uah.es
www.ielat.es

P.V.P.: 20 €

Con la colaboración de:

