

LAS REFORMAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA EN EL ÁMBITO LABORAL: CONSOLIDACIÓN DEL MODELO CON REFORMULACIÓN DE POLÍTICAS

EDUARDO ROJO TORRECILLA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

FERRÁN CAMAS RODA

*Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía**
Universidad de Girona

EXTRACTO

**Palabras Clave: Inmigración, Derechos Fundamentales
Competencias autonómicas**

El artículo analiza las principales innovaciones derivadas de la más reciente reforma legislativa en materia de extranjería, particularmente las reflejadas en el ámbito laboral, teniendo en consideración en este campo las novedades que la nueva legislación contiene sobre competencias de las Comunidades Autónomas en materia de autorizaciones iniciales de trabajo, que ampliarían así las previstas inicialmente en los decretos de transferencias también aprobados el año pasado.

Junto a este tema, se abordan las modificaciones realizadas en el ámbito de los derechos fundamentales, la canalización de los flujos migratorios con el instrumento de la gestión colectiva de las contrataciones en origen, las vías abiertas en relación al trabajo de los extranjeros por la vía de las reagrupaciones familiares, o los márgenes de actuación que pasan a abrirse a los agentes sociales en la política migratoria.

El artículo pretende así exponer las líneas maestras del modelo asumido por la legislación en relación al acceso al trabajo en España por los extranjeros, percibiendo en la medida de lo posible aquellos aspectos que sobre esta cuestión pueden centrar los debates de futuro.

ABSTRACT

**Key Words: Immigration, Fundamental Rights, Autonomous
Communities' competences**

The present article analyses those key innovative issues derived from the legislative last reform, on the rights and liberties of migrant workers in Spain and their social integration. Mainly we highlight those legislative new features from the Autonomous Communities' competences, like the initial work permit, and therefore those competences which are now beyond the planned ones, based on the previous decree on transferences which was approved last year.

Along this issue, we focus on the changes made in the fundamental rights, control migrations flows that are to grand contracts to migrants in their country of origin as a main instrument, the possibility to have a work permit through family associaton, or flexibility for social agents as regards migraton policy. The article aims to show the key lines of the legislation adopted model in relation to migrants and their acces to work in Spain, taking into account aslo those aspects that will be the basis for a future debate in our country.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

1. LA ORDENACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO
 - 1.1. Autorizaciones de trabajo: atención especial a la ampliación de supuestos en los que se despeja el filtro de la situación nacional de empleo
 - 1.2. Las reformas habidas en relación al acceso al trabajo de los familiares reagrupados;
 - 1.3. La gestión colectiva de las contrataciones en origen (“el contingente”)
2. LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
 - 2.1. El procedimiento de concesión de las autorizaciones iniciales de trabajo
 - 2.2. Cuestiones de debate en relación a la concesión de autorizaciones de trabajo a las trabajadoras víctimas de violencia de género
3. CONCLUSIONES

PRESENTACIÓN

Con 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 social¹, se cerró un año 2009 pródigo en reformas en materia de inmigración, que aún no ha culminado por la necesidad de seguir modificando el R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, de desarrollo de aquella legislación.

Según las últimas estimaciones publicadas, el conjunto de estas reformas estarían afectando de una u otra manera a 4.791.232 extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2009, un 1,60 % más que en el trimestre anterior y un 7,10 % de aumento con respecto a los últimos doce meses (75.475 y 317.733, respectivamente). 2.5556.033 son hombres (53,42 %) y 2.228.608 son mujeres (46,58 %)².

Como al efecto ha recordado la Secretaria de Estado de Inmigración³, ese incremento de nuevos residentes en el 2009, de los que aproximadamente

* Puede consultarse la página web de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona en la dirección: <http://web.udg.edu/cidc/>.

¹ B.O.E., núm. 299, de 12.12.2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/12/pdfs/BOE-A-2009-19949.pdf>.

² OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN: Datos de los extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor y los que disponen de autorización de estancia por estudios en vigor a 31 de diciembre de 2009. <http://www.tt.mtin.es/periodico/inmigracion/201002/SIGLO%20XXI.pdf>.

³ Conferencia en el Club Siglo XXI, de 18 de febrero de 2010, titulada “La inmigración en un nuevo ciclo”: <http://www.tt.mtin.es/periodico/inmigracion/201002/SIGLO%20XXI.pdf>.

100.000 son ciudadanos de otros países de la Unión Europea y el resto (sobre 200.000), lo son de terceros países, pone en todo caso de manifiesto que el crecimiento migratorio del pasado año ha sido el más reducido, en términos porcentuales, desde 1992, y que se trata del segundo año consecutivo en que la cifra de incremento de inmigrantes disminuye, diferencia que aún vendría a resultar más visible desde el momento en que, como señala la Secretaria, al inicio de la presente década se observaban incrementos del 23,8 %.

A ello se le debe sumar el hecho de que la crisis económica y de empleo que estamos experimentando desde 2008 haya impactado de forma extraordinaria en los flujos migratorios, ya sea por el número de extranjeros que abandonan España ante las dificultades derivadas de la crisis económica y de empleo, o por otros motivos, que según reconoció el Gobierno en una respuesta parlamentaria podían ascender a un total de 232.007 en el año 2008⁴, ya sea por la reducción que la contracción del mercado de trabajo ha provocado en el número de personas extranjeras contratadas en origen, de tal forma que, al decir de la autoridad laboral, “el año 2009, concluyó con la contratación en origen de aproximadamente 20.000 personas, frente a las 180.000 del año anterior y las 250.000 del 2007”.

Estos datos ya ponen de manifiesto la estrecha vinculación que mantienen inmigración y mercado de trabajo, lo que ha dado en llamarse la “laboralización de la política de inmigración”, es decir, en la determinación de la capacidad de acogida de acuerdo a las necesidades de nuestro mercado laboral canalizada por la intervención del Estado en el control de dichos flujos migratorios, que con la reforma llevada a cabo en diciembre de 2009 de la Ley Orgánica 4/2000 se ha consolidado.

Este modelo habrá de ser el que haga frente a la evolución que se espera en relación al número de inmigrantes en los próximos años, ya que pese a que muy posiblemente el momento económico y social actual no haría oportuno tratar sobre ello, la Secretaria de Estado ha puesto sobre la mesa que “en cualquier caso, lo relevante ahora es que el cambio demográfico que se está produciendo en España, y la consiguiente pérdida, año tras año, de los efectivos más jóvenes para el mercado de trabajo, nos arrojan ante una conclusión que debe resistir los mensajes más primarios: la inmigración seguirá siendo necesaria para nuestro país; su contribución continuará supliendo la falta de candidatos nacionales o residentes para un número significativo de ocupaciones que demandarán los empleadores y cuyo volumen estará determinado fundamentalmente por los

⁴ Respuesta del Gobierno a una pregunta del Diputado Sr. Carles Campuzano del Grupo Parlamentario Catalán (C.i.U.), que puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 291, de 16/11/2009*.

escenarios económicos que se vayan consolidando a lo largo de los próximos años”.

Ante esta afirmación, cabría preguntarse si el modelo adoptado por el legislador, y más en concreto, la laboralización de los flujos migratorios con destino a España, podrá hacer frente a los retos de futuro que se plantean, cuya respuesta, en caso de ser afirmativa, llevaría a otra, más centrada en las políticas sobre autorizaciones de trabajo, y más en concreto, su previsión, su delimitación para la cobertura sectorial y territorial de ocupaciones, así como su propia gestión. Políticas estas, que en virtud del Pacto europeo de inmigración y asilo de 2008, corresponden a cada Estado decidir, pero que deben estar guiadas por el objetivo de poner en práctica una política de inmigración escogida, especialmente en función de las necesidades del mercado de trabajo y en todo caso concertada, teniendo en consideración el impacto que pueda tener sobre los otros Estados miembros.

1. LA ORDENACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO

Los seis objetivos fundamentales que, a juicio del gobierno, ya perseguía el proyecto de ley que se mantuvieron finalmente en la Ley Orgánica 2/2009 son los siguientes: garantizar a los extranjeros el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios, atendiendo a las necesidades del mercado de trabajo; también, reforzar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular; a continuación, favorecer las oportunidades de integración; la apuesta por la cooperación de todas las administraciones públicas en materia de inmigración, destacándose la importancia de que las actuaciones de comunidades autónomas y ayuntamientos se realicen en coordinación con la política de inmigración del gobierno del Estado; por fin, último pero no menos importante, la intensificación del diálogo con los agentes sociales y con las asociaciones de inmigrantes para la definición y el desarrollo de la política migratoria.

Respecto del primer objetivo, el nuevo texto se adecua a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 236 y 259 de 7 de noviembre y 19 de diciembre de 2007, respectivamente, que declararon inconstitucionales las limitaciones fijadas en la ley 4/2000 al ejercicio de los derechos de reunión, asociación, educación, libertad sindical y huelga, en razón de la situación administrativa de la persona inmigrante que deseara ejercerlos, cuestiones éstas que, junto a la regulación de mejora que se incluye en materia de asistencia sanitaria (art. 12) o prestaciones sociales (art. 14), volaron por encima de otras en los discursos críticos con la reforma, pero que cabe consi-

derar como trascendentales en el marco de una legislación que como la relativa a los derechos y deberes de los extranjeros, debe hacer del favorecimiento de la integración de los extranjeros uno de sus ejes. Por consiguiente, el derecho de reunión (art. 7.1), de asociación (art. 8), de libertad sindical y huelga (art. 11) se podrán ejercer en las mismas condiciones que los españoles y conforme a las leyes que los regulan para estos, con supresión de la mención a la necesidad de obtener autorización de estancia o residencia en España o la autorización para trabajar.

Sobre el derecho al trabajo y a la Seguridad Social (artículo 10), se establece que los extranjeros “residentes” que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente, entrecomillado que hemos resaltado por cuanto predetermina, como se verá posteriormente, en la regulación que se ha llevado a cabo en supuestos de trabajo irregular. En todo caso, 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 funcionarial, 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”.

1.1. Autorizaciones de trabajo: atención especial a la ampliación de supuestos en los que se despeja el filtro de la situación nacional de empleo

Del texto reformador destaca el énfasis que la reforma pone en el carácter legal y ordenado que ha de tener la inmigración, así como su vinculación con la actividad productiva y las consiguientes medidas que deberán promover los poderes públicos para facilitar el acceso al empleo como uno de los factores (junto con el conocimiento de las lenguas oficiales y la escolarización de los

menores) que se consideran “esenciales de integración”, junto con el seguimiento y adopción de las medidas adecuadas para garantizar a quienes vivan y trabajen legalmente en España los mismos derechos y obligaciones que los españoles, y en particular por lo que respecta a las condiciones laborales y de Seguridad Social. La visión positiva de la mezcla de diferentes identidades y culturas en el seno de la sociedad española se acepta con naturalidad por la Ley 2/2009, fijando sólo como límites el respeto a la Constitución y a la ley, y con una expresa, e importante a nuestro parecer, referencia a la obligación que asumen los poderes públicos, para garantizar la integración de los inmigrantes, de poner en prácticas acciones formativas que garanticen el conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España y de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre hombres y mujeres.

1. En materia de concesión de autorizaciones de trabajo, cabe destacar la regulación de ofertas de trabajo para los que no se tendrá en cuenta el filtro previo de la situación nacional de empleo. En concreto, las modificaciones incorporadas al artículo 40, que es el que trata sobre aquellos contratos u ofertas de colocación en los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, se concretan básicamente sobre la incorporación de los profesionales altamente cualificados, el personal directivo y los artistas de prestigio, además de dos menciones específicas que nos interesa destacar por el indudable impacto que van a tener en el mercado de trabajo.

De una parte, y de aplicación inmediata a partir de la entrada en vigor de la ley (13 de diciembre de 2009, esto es, al día siguiente de su publicación), los familiares reagrupados en edad laboral (es decir, cónyuge e hijos, y si la futura regulación también lo permite, la persona unida por análoga afectividad que la conyugal); de otra, y a expensas de desarrollo reglamentario, los trabajadores en plantilla de un empresa o grupo de empresas en otro país “que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España”, precepto que hay que ponerlo en relación con la modificación incorporada en el artículo 42, regulador del régimen de los trabajadores de temporada, y en el que se prevé la misma posibilidad pero sólo con carácter temporal.

En fin, no menos importante es la reducción de los actuales 4 a los futuros 2 años para no tener en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada y que hayan retornado después a su país, y debiendo poner en relación esta modificación con la incorporada al artículo 42, en la que se dispone que las autonomías, las corporaciones locales y los agentes sociales promoverán, en colaboración con la Administración General del Estado, “los circuitos que permitan la concatenación de los trabajadores de temporadas”, o

expresado en términos más simples, que los inmigrantes temporeros puedan trabajar el mayor número de meses posibles antes de volver a su país.

En este marco, 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 tomará en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de personas extranjeras afectadas por violencia de género. Además, se prevé la posibilidad de conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer afectada mientras se tramita el procedimiento penal, autorización cuyos efectos concluirían “en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales”.

2. La reforma también se detiene en la búsqueda de soluciones, aunque sean de carácter restrictivo para el ejercicio de derechos, a problemas que se habían planteado con ocasión de la aplicación de la normativa vigente respecto a la realización de actividades lucrativas laborales por cuenta ajena cuando el trabajador no dispone de la autorización de residencia y trabajo en España. El nuevo art. 36.5 modifica el anterior art. 36.3 y limita el derecho a la obtención de las prestaciones en materia de Seguridad Social a las que sean compatibles con la situación irregular en que se encuentra el trabajador y que se encuentren recogidas “en los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderles”. Acogiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo plasmada en la sentencia de 10 de marzo de 2008, y a la que ha seguido la de 12 de noviembre, se dispone de forma clara y tajante que “en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”, que por otra parte creemos que viene a ratificar la tesis de que quien esté trabajando de forma irregular y disponga de autorización de residencia sí podría tener derecho a percibir tales prestaciones.

Recuérdese que para el TS el derecho a percibir prestaciones por desempleo para los trabajadores irregulares sin autorización de residencia tampoco puede encontrar amparo en el art. 14 de la LO 4/2000, ya que “al establecer que los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles” distingue entre “extranjeros residentes” (acceso a los servicios y prestaciones generales y básicas en las mismas condiciones que los españoles) y “extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa” (derecho únicamente a los servicios y prestaciones básicas), pues este precepto que la doctrina de esta Sala ha aplicado a las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y que, inicialmente se recogió en el artículo 42.2 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, (el precepto considera incluido en el

sistema español de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio 19 de la OIT, sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar “a los solos efectos de la protección frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no es aplicable al supuesto litigioso, que versa sobre el reconocimiento de la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes”. Cuestión diferente para el TS es que la persona afectada pueda ejercer las acciones legales pertinentes por la responsabilidad en que haya incurrido el empleador por incumplimiento de la normativa legal. Es decir, “el hecho de que el trabajador extranjero “sin papeles” no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social”.

1.2. Las reformas habidas en relación al acceso al trabajo de los familiares reagrupados

La norma acoge 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.

La Instrucción de la Dirección General de Inmigración número 08, de 14 de diciembre de 2009, que trata sobre la reagrupación familiar⁵ ha abordado su impacto sobre el acceso al mercado laboral, siendo sin duda la referencia legal más novedosa con respecto a la normativa vigente hasta el 12 de diciembre de 2009 la autorización directa para trabajar al cónyuge o pareja de hecho y a los hijos en edad laboral de la persona reagrupante, con la consiguiente derogación del artículo 41.6 del RD 2393/2004 en cuanto que permitía la obtención limitada de dicha autorización “cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo que haya dado lugar a la autorización, por ser éste a tiempo parcial o por

⁵ Instrucción DGI/SGRJ/08/2009 sobre aplicación de la LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de reagrupación familiar: http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2009/INSTRUCCION_DGI_8-2009.pdf .

la duración de la prestación de servicios, den lugar a una retribución inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual”. Además, como criterio general interpretativo, coherente con la nueva redacción de la ley, se dispone que todos los preceptos del RD 2393/2004 que traten de esta cuestión deberán interpretarse en el sentido de que la reagrupación de tales personas supondrá “tan pronto se acceda a la mayoría de edad laboral, la de una autorización de trabajo, sin necesidad de realizar ningún otro trámite administrativo”. En consecuencia, a partir del pasado 13 de diciembre, quién tenga la condición de cónyuge, pareja de hecho o hijo/a reagrupado no deberá realizar ningún trámite específico (así por ejemplo, una solicitud al efecto) para poder ser contratado laboralmente, al contrario de si se trata de otro familiar con parentesco con un extranjero residente en España, los cuales si deberían solicitar previamente la autorización (en cuyo supuesto, probablemente este familiar no habrá sido objeto de reagrupación, ya que ante la regulación prevista por la Ley Orgánica 2/2009 sobre quiénes pueden ser familiares sujetos de reagrupación, se hace muy difícil pensar que al margen de los citados, otros puedan ser objeto de reagrupación con posibilidad de acceder a un trabajo).

En cuanto al acceso de los familiares reagrupados a una autorización de residencia independiente, fijada en el apartado D de la Instrucción, si bien ésta queda a la espera del desarrollo reglamentario de los apartados 4-5 del art. 19 de la Ley Orgánica 4/2000 (particularmente, de qué debe entenderse por “medios de vida suficientes” en supuestos de solicitud de una residencia temporal de carácter no lucrativo)⁶, la Instrucción señala en aquella letra que cuando se trate de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el cónyuge o pareja reagrupado deberá encontrarse en alta en la Seguridad Social, con contrato no inferior a un año, y remuneración mensual de 14 pagas no inferior al SMI; o bien estar de alta en la Seguridad Social y reunir “los requisitos exigibles” para acceder a la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

1. En este marco, una primera cuestión a debatir se está produciendo en el ámbito de la tramitación de la solicitud de cambio de la autorización de residencia por la condición de reagrupado a la de autorización de residencia y trabajo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 96.3 del Real Decreto 2393/2004, presentada con anterioridad al 13 de diciembre, fecha de entrada en

⁶ A partir del Informe de la RED ACOGE (La práctica administrativa en materia de inmigración 2008), recordemos la disparidad de criterios existentes en la práctica de las diferentes subdelegaciones del Gobierno, aunque la referencia al Salario Mínimo Interprofesional con un ligero incremento sea una práctica común: <http://www.redacoge.org/fijos/documentos/Practica%20administrativa.pdf>.

vigor de la Ley orgánica 2/2009. Dicho precepto, en la redacción dada por el Real Decreto 1162/2009 de 10 de julio, establece que “los extranjeros en situación de residencia por haber sido reagrupados, así como el cónyuge que accede a una autorización de residencia temporal independiente por la vía prevista en el artículo 41.2, podrán acceder a la autorización de residencia y trabajo sin necesidad de que se cumpla el plazo de residencia legal establecido en el apartado 1 de este artículo”.

La duda se suscita por la hipótesis de la petición a los solicitantes de la presentación de la documentación de acuerdo con las reglas de la Instrucción número 08. En este contexto, no nos parece de recibo exigir unos requisitos que no se requerían en el momento en que se presentó la petición al amparo de la normativa entonces vigente. El hecho es que no se encuentra una base jurídica adecuada para justificar una “reformulación” de su petición y, como consecuencia de ese cambio, pedirles que acrediten el cumplimiento de los requisitos recogidos en la Instrucción 8/2009 de 14 de diciembre. De hecho, si en el momento en que solicitaron la autorización de residencia independiente disponían de una autorización para trabajar al amparo de lo dispuesto en la normativa entonces vigente, no debería pedírseles que acrediten nuevos y quizás diferentes requisitos, no demandados entonces, ya que con ello resultaría afectado el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución.

De aplicar el planteamiento restrictivo para resolver esos expedientes, es posible que algunos expedientes que se podían resolver a favor del administrado por aplicación de la normativa que estaba en vigor con anterioridad, ahora no sea así porque no cumpla los requisitos fijados en el apartado D) de la Instrucción. Sería cuando menos curioso que una determinada interpretación de la LO 2/2009 en relación con el RD 2393/2004 (en su redacción del RD 1162/2009) redujera los derechos que tenía con anterioridad la persona que solicitaba la autorización de residencia independiente.

2. Otra cuestión que podría hipotéticamente suscitarse versa sobre qué efectos puede tener la solicitud de autorización de trabajo presentada antes de la entrada en vigor de la LO 2/2009, es decir hasta el día 12 de diciembre inclusive, si la misma también tiene por finalidad poder acceder a una residencia independiente del reagrupante.

Dado que en la nueva normativa la autorización inicial de trabajo se concede de forma automática, ¿podrá la Administración determinar que debe presentar una nueva solicitud referida únicamente a la autorización de residencia independiente? La respuesta afirmativa a la pregunta no iría precisamente en la línea de la interpretación más garantista de los derechos del administrado sino en otra que rizaría el rizo de lo absurdo y que haría buenas algunas de las historias de la Administración española de los dos siglos anteriores. En efecto, la pregunta que los juristas nos debemos formular es: ¿en qué ayudaría

la presentación de una nueva solicitud a resolver sobre la ya presentada?, ¿no puede resolver la administración competente con la documentación de que dispone con la primera solicitud? Si la respuesta a la segunda pregunta es positiva no alcanzamos a entender qué argumentación jurídica podría haber detrás de la hipotética respuesta afirmativa a la pregunta antes formulada.

3. Una tercera cuestión que pudiera plantearse tiene un doble contenido: ¿La habilitación para trabajar que otorga el artículo 19 de la LO 2/2009 está siempre vinculada a la condición de reagrupado de la persona que la solicita? Y planteamos, de forma añadida, un caso que los juristas calificamos de “laboratorio”: en el caso muy concreto de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que tiene transferida sólo la autorización inicial de trabajo, ¿deben intervenir las autoridades autonómicas competentes cuando sólo se solicita autorización de residencia independiente y no de trabajo?

A nuestro parecer, debe aplicarse pura y simplemente el sentido común en la aplicación de la normativa para no llegar a una interpretación que sería gravemente atentatoria y perturbadora de los derechos del administrado extranjero, que es primero administrado y después extranjero. Defendemos la tesis del mantenimiento de la autorización de trabajo aunque ahora se solicite autorización de residencia independiente, ya que la tesis contraria de tener que solicitar, si así se desea, una autorización para trabajar sólo añadiría una mayor carga de trabajo para la administración y convertiría el ejercicio de un derecho, el acceso a una reagrupación independiente, en un obstáculo para el administrado porque debería solicitar una autorización de la que ya dispone. No creemos que las normas estén para ser interpretadas de la forma más restrictiva a la ciudadanía, ya sea de una u otra nacionalidad, por lo que debe afirmarse la tesis de que no es necesaria una nueva solicitud de autorización de trabajo. El hecho de que no haya un precepto que así lo disponga expresamente no es óbice para que las normas deban interpretarse de acuerdo con las reglas fijadas en el artículo 3.1 del Código Civil, precepto que consideramos que puede reforzar la argumentación que acabamos de exponer.

Si la solicitud formulada por el administrado extranjero es de autorización de residencia independiente, nuestro criterio es que no le correspondería intervenir a la autoridad autonómica de acuerdo con lo dispuesto en la LO 2/2009, RD 1162/2009 y normativa reguladora del traspaso de competencia “en materia de autorización inicial de permisos de trabajo”. Si se solicita la autorización para residencia independiente, y ya se dispone de autorización de trabajo concedida al amparo de la normativa entonces vigente, sería contrario a derecho que se revisaran los requisitos requeridos para acceder a la autorización inicial de trabajo previstos en la instrucción, ya que tales requisitos sólo deben solicitarse para las autorizaciones que se presenten a partir del 13 de diciembre de 2009.

Además, si se pide una autorización de residencia independiente, es el administrado el que debe aportar las pruebas (requisitos previstos en la Instrucción) de que cumplen con la normativa en vigor a partir del 13 de diciembre, y la única administración competente para resolver es la Administración General del Estado, ya que no se está solicitando una autorización inicial del trabajo. Por otra parte, ¿de qué serviría la modificación de la normativa administrativa para facilitar el ejercicio de sus derechos por parte de los administrados, como la aplicación de la normativa sobre declaración responsable o comunicación previa, si después la administración, en este caso la AGE requiriera a otra administración, la autonómica, para que comprobara la veracidad de tales manifestaciones, que, repárese en la importancia, debería ser efectuada en todo caso por la administración competente en materia de concesión de la autorización de residencia independiente?

4. La cuarta y última cuestión que podría plantearse versa sobre si sigue siendo de aplicación el artículo 96 del Real Decreto 2393/2004, y por consiguiente mantiene su vigencia, para los familiares reagrupados. En la misma línea que hemos expuesto con anterioridad, nos manifestamos en sentido afirmativo, porque no tiene jurídicamente ningún sentido “penalizar” al administrado que ha cumplido con la normativa vigente y que ha obtenido el reconocimiento de unos determinados derechos, obligándole a volver a presentar una nueva solicitud y, quizás, con acreditación de requisitos que anteriormente no se preveían.

Quisiéramos concluir con unas consideraciones ante la actuación que debe guiar a la Administraciones públicas implicadas en la tramitación de estas situaciones, y la voluntad, mayor o menor, que tienen de resolver los problemas con los que se enfrenta el administrado. En ocasiones se va en la línea de restringir el ejercicio de los derechos, o dicho de otra forma de buscar recovecos legales para hacer más difícil dicho ejercicio, mientras en otras (afortunadamente) las tesis que se defienden irían justamente en dirección contraria. Quizás esté demasiado enquistada en la Administración General del Estado la tesis de que el acceso de los extranjeros a los derechos que les reconoce la normativa legal no puede ser tan sencillo como si se tratara de derechos de los autóctonos, y puede ser que algo de razón práctica tengan por los fraudes legales con que se hayan encontrado durante muchos años, pero creemos que es fundamental que arraigue y se consolide en las administraciones públicas la tesis de la igualdad en la aplicación de la normas para todos los ciudadanos, con independencia de su nacionalidad y siempre, por supuesto, dentro del respeto a las normas en vigor.

1.3. La gestión colectiva de las contrataciones en origen (“el contingente”)

La Ley Orgánica 2/2009 ha modificado el art. 39 de la Ley Orgánica 4/2000, pasando a regular la “gestión colectiva de contrataciones en origen” en

el lugar donde anteriormente se hacía referencia al “contingente de trabajadores extranjeros”, de forma que el Ministerio de Trabajo e Inmigración podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado. El influjo del proceso de reformas de los Estatutos de Autonomía se hace patente en el precepto por cuanto que en dicha gestión la Administración General del Estado deberá actuar en coordinación con las autonomías que sean “competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial”. En todo caso, añade el precepto que para la previsión anual de las ocupaciones que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva se “tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración”, órgano éste último en el que no se encuentran representadas las Comunidades Autónomas, sino que, partiendo de su adscripción al Ministerio de Trabajo, está compuesto por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (art. 72).

En este sentido, podría afirmarse que, aún y la importante presencia de las Comunidades Autónomas en la proposición de la previsión anual de ocupaciones, previa consulta con los agentes sociales de su territorio, así como en la gestión coordinada de la tramitación colectiva de los contratos en origen a los efectos de conceder las autorizaciones correspondientes de residencia y trabajo de carácter inicial, la política sobre dicha previsión está marcada profundamente por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas por cuanto que, como paso previo a su aprobación, deberán ser consultadas (y además, por partida doble aunque con diferente alcance, en el ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente, y en el marco de la Comisión Tripartita).

En todo caso, a raíz de la Disposición adicional novena de la Ley Orgánica 2/2009 podría estar configurándose el embrión de un servicio exterior de empleo autonómico, en necesaria coordinación y cooperación con la intervención de la Administración General del Estado, ya que en aquel precepto se dispone que en el marco de los procedimientos de contratación colectiva en origen, las CC.AA. con competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo “podrán establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida para los trabajadores extranjeros y sus familias.”

El B.O.E. del 29 de diciembre de 2009 publicó la Orden TIN/3498/2009 de 23 de diciembre⁷, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en

⁷ B.O.E., núm. 313, de 29 de diciembre de 2010: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/29/pdfs/BOE-A-2009-21053.pdf>.

origen para 2.010, utilizando por consiguiente la terminología procedimental derivada de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre.

El texto regula ciertamente con carácter muy restrictivo, en términos cuantitativos, el número de trabajadores extranjeros no comunitarios que podrán acceder a España por esta vía, e incorpora todas las modificaciones introducidas en la LO 2/2009 y en el Real Decreto 1162/2009 de 10 de julio⁸ por lo que respecta a las competencias asumidas, o que puedan asumirse, por las Comunidades Autónomas para la tramitación de las autorizaciones iniciales de trabajo. Por consiguiente las modificaciones introducidas en la Orden que entro en vigor el 1 de enero de 2010 con respecto a la que ha estado en vigor durante el 2009 (Resolución de 26 de diciembre de 2008 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2009⁹), se centran en su introducción y en la incorporación de los preceptos que contemplan y regulan las competencias autonómicas.

Antes de proceder a la explicación de algunos de los puntos más relevantes de la norma nos parece conveniente referir, de forma sucinta, cuál ha sido la regulación de la figura del contingente en los dos años anteriores, es decir a partir ya del inicio de la crisis económica, en el bien entendido que será en la norma de 2009 cuando podremos ver ya con toda claridad el impacto de dicha crisis.

La Resolución de 26 de diciembre de 2007¹⁰ dispuso la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de por el que se regulaba el contingente para el año 2008. La cifra provisional era de 15.731 puestos de trabajo de carácter estable, que al igual que en el año anterior podía ser objeto de modificaciones durante el año, de acuerdo con la evolución de las necesidades del mercado de trabajo. Se hacía un reconocimiento expreso de que el mayor volumen de contrataciones de extranjeros en sus países de origen se realizaría a través del Régimen General o bien a través de la contratación de temporada, pero que el contingente “permite la contratación programada de trabajadores, que no se hallen ni residan en nuestro país, para desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de

⁸ B.O.E. núm. 177, de 23 de julio de 2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/07/23/pdfs/BOE-A-2009-12208.pdf>.

⁹ B.O.E. núm. 6, de 7 de enero de 2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/01/07/pdfs/BOE-A-2009-293.pdf>.

¹⁰ B.O.E. núm. 11, de 12 de enero de 2008: http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/RegimenGeneral/documentos/ACUERDO_CONTINGENTE_2008.pdf.

origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios”, si bien también se permitían las ofertas nominativas. El Acuerdo también incluyó una cifra inicial de 500 visados de búsqueda de empleo para hijos y nietos de los españoles de origen, de posible modificación a lo largo del año, según las necesidades que fueran surgiendo.

El contingente para el año 2009 se fijó en un número sensiblemente más reducido que en años anteriores, como lógica consecuencia de las dificultades económicas y de empleo que ya estaba atravesando España desde mediados del año 2008. El número total de trabajadores que podían acceder por esta vía era de 901. Destacaban los 364 encuadrados en la industria del metal, los 252 del sector servicios y los 100 de la pesca. Por el contrario, sólo se preveía la entrada de 6 trabajadores en la construcción, 12 en la hostelería y 24 en la agricultura. Al igual que en años anteriores, la asignación tenía carácter provisional y se podían efectuar reasignaciones y modificaciones a escala nacional dentro de cada contingente, y también se preveía que las ofertas se cursaran preferentemente a los países con los que España “tiene suscritos acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios o, subsidiariamente, instrumentos de colaboración en esta materia”. La concesión de un visado para un empleo de carácter estable autorizaba al extranjero no comunitario para residir y trabajar por cuenta ajena en España, en un ámbito geográfico y sector de actividad determinado durante un año a contar desde que se efectuara o declarara la entrada en España.

La novedad más importante con respecto a la normativa de años anteriores era la referencia a la posible intervención de las Comunidades Autónomas que asuman, en virtud de lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía y de los consiguientes acuerdos de traspasos, la tramitación de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena o propia en su ámbito territorial. En tal caso, y con un lenguaje ciertamente restrictivo, se disponía que las adaptaciones de la normativa “se referirán y limitarán, exclusivamente a lo previsto en el correspondiente Acuerdo de traspaso, debidamente aprobado y en vigor, y se llevarán a cabo, en todo caso, de conformidad con la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”. La norma no llegó a ser aplicada en este punto, ya que el traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma de Cataluña, acordado por la Comisión Bilateral Estado–Generalidad en su reunión de 12 de febrero¹¹, no entro en vigor hasta el 1 de octubre de 2009 en virtud de lo

¹¹ Nota de prensa de la Vicepresidencia Tercera del Gobierno de 12 de febrero de 2009: http://www.mpt.es/prensa/notas_de_prensa/notas/2009/02/20090212_02.html.

dispuesto en el Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre¹² sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en este territorio autonómico.

Respecto de la Orden TIN/3498/2009, y como al efecto se ha comentado ya, se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la LO, por consiguiente, ha sido el MTIN el que ha procedido a dictar la Orden de referencia a partir de las propuestas previas efectuadas por las Comunidades Autónomas que son las que tienen las competencias de gestión de las políticas activas de empleo, y previa autorización, de acuerdo con la normativa vigente, de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia.

En la introducción se expone que la reducción de las contrataciones en origen, para garantizar la cobertura de ofertas de empleo no cubiertas por el mercado laboral, se ha hecho “entorno a una cuarta parte” de los puestos de trabajo ofertados el año anterior como consecuencia justamente de la difícil situación del mercado de trabajo español y el importante número de personas desempleadas que permite, salvo los supuestos contemplados en la norma, que los puestos de trabajo que se oferten sean cubiertos por personal autóctono o extranjero inscritos como demandantes de empleo en las oficinas de los correspondientes servicios públicos autonómicos de empleo.

En efecto, la reducción ha sido drástica, ya que para el próximo año sólo se ofertan 168 contrataciones en origen para trabajadores, altamente cualificados, añadido ahora, que no se hallen ni residan en España, ya que son básicamente médicos e ingenieros los dos colectivos demandados. Este dato como el del conjunto del Estado nos provocan muchas dudas sobre la necesidad de que este año se dictara una norma como la que estamos comentando, ya que consideramos que esas contrataciones pueden cubrirse por la vía de la contratación del régimen general, pero no hay duda de que pueda tratarse de una opción gubernamental para poder ampliar, en su caso, el número de personas contratadas en origen si la situación del empleo mejorara en España durante el próximo año y así lo hiciera necesario.

Un aspecto a destacar también de la norma es que, en el plano de la terminología utilizada, las referencias contenidas en resoluciones anteriores al “sector de actividad” han sido sustituidas por las de “ocupación”, de acuerdo con la terminología de la LO 2/2009, algo que puede plantear más problemas en cuanto a la solicitud, y concesión, de una prórroga de autorizaciones de

¹² B.O.E. núm. 229, de 22 de septiembre de 2009: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/09/22/pdfs/BOE-A-2009-14963.pdf>.

trabajo de carácter temporal para actividades de temporada o campaña si se efectúa una interpretación muy estricta de la misma. Igualmente, la norma contempla en su articulado una nueva previsión sobre el abono de las tasas, en virtud de los cambios acaecidos en la LO 2/2009 al respecto (artículos 44.2 y 45, disponiendo el número 1 del segundo precepto citado que “Las tasas se devengarán cuando se solicite la autorización, la prórroga, la modificación, la renovación, o el visado. En el caso de las Comunidades Autónomas que tengan traspasadas las competencias en materia de autorización de trabajo, les corresponderá el devengo del rendimiento de las tasas”).

Las modificaciones incorporadas en la norma para su adecuación al nuevo marco competencial en materia de tramitación de autorizaciones iniciales de trabajo por las Comunidades Autónomas se encuentran recogidas en los artículos 8.4, 9.2, 9.4, 11.5, 11.6, 11.7 c), 14.3, 15.3, 16.4, 16.5 y 16.6. En todos los preceptos se dispone que cuando la relación laboral de carácter estable se vaya a desarrollar sólo en una CCAA, y esta haya asumido la competencia en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, la solicitud, genérica o nominativa, deberá presentarse “ante el órgano competente de dicha Comunidad Autónoma”, cabiendo obviamente la posibilidad de presentar la solicitud en cualquiera de los registros y oficinas habilitados al efecto de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹³.

Por consiguiente, también será la propia autoridad autonómica la que recabe los informes correspondientes para comprobar que el empleador se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

Recuérdese además que la resolución por la que se autorice o deniegue la autorización inicial de residencia y trabajo deberá dictarse de manera conjunta por los titulares competentes de ambas administraciones y ser notificada con posterioridad a los sujetos interesados por el órgano competente autonómico. Finalmente, convendría tratar una cuestión prevista por la norma que podría exceder, a nuestro parecer, de las competencias asumidas por las autoridades estatales en materia de coordinación y seguimiento de la gestión de las contrataciones en origen a partir de los cambios operados por el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en la materia. En el artículo 18 se ha introducido una breve modificación con respecto al mismo texto de la norma vigente para el año 2009; mientras que en el texto vigente hasta final de este

¹³ B.O.E. núm. 285, de 27 de noviembre de 1992: <http://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>.

año se dice que “La Dirección General de Inmigración establecerá los sistemas de seguimiento y el contenido y periodicidad de los informes que corresponda elaborar a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno para el seguimiento y evaluación de la gestión objeto de este Acuerdo”, en el que entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2.010 se dispone que “3. La Dirección General de Inmigración establecerá los sistemas de seguimiento y el contenido y periodicidad de los informes que corresponda elaborar a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, así como a los órganos competentes de las comunidades autónomas que hubieran asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, para el seguimiento y evaluación de la gestión objeto de esta Orden” (el subrayado es nuestro). Sin negar la importancia de velar por un adecuado mecanismo de coordinación y seguimiento de la política de gestión de las contrataciones en origen, parece que nos encontramos en presencia de una actuación propia de la organización administrativa autonómica, y de ahí que deba ser ésta la que establezca los mecanismos adecuados para garantizar el objetivo perseguido por la norma, o bien que, en el marco del proceso de diálogo en el seno de la Comisión Bilateral en materia de inmigración, se llegue a un acuerdo al respecto.

2. LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Ley Orgánica 2/2009 contiene diversos artículos que afectan, de forma directa o indirecta, a las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo en virtud de lo dispuesto en el acuerdo de traspaso de competencias de 12 de febrero, publicado en el Real Decreto 1463/2009 de 18 de septiembre, pero que también afectarán en su momento a otras Comunidades que hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en dicha materia. De hecho, y centrándonos en lo acontecido con respecto a Cataluña, la Generalidad ha pasado a asumir más ámbitos de gestión de los inicialmente previstos cuando se pactó la transferencia.

El marco de las políticas autonómicas, y también el papel de las administraciones locales, también en el marco de las acciones de promoción de la inserción laboral de los inmigrantes, deben complementar así la política estatal en materia de inmigración.

La ordenación y articulación de las competencias asumidas por las diferentes administraciones públicas es objeto de especial atención en el título IV, dedicado a la coordinación de los poderes públicos y en que se recoge una modificación del art. 68 para manifestar que las autonomías con competencias

en materia de tramitación de autorizaciones iniciales de trabajo deberán desarrollarlas en necesaria coordinación con las autoridades estatales (por cierto, aunque no se dijera, la tarea de coordinación entre todas las Administraciones Públicas es un requisito obligado de su actuación, y muy especialmente tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992), ya que el objetivo final a conseguir, siempre según el texto aprobado, es garantizar “la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad y uniformidad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones para el ejercicio de sus respectivas competencias”.

En la misma línea de actuación coordinada, el nuevo número 3 de la Disposición adicional quinta dispone la puesta en marcha de una aplicación informática común para la tramitación de los procedimientos regulados en la norma, y dispone que cuando las autonomías participen en algunos de dichos procedimientos (es decir, el de tramitación de la autorización inicial de trabajo) se garantizará que dicha participación “responda a estándares comunes que garanticen la necesaria coordinación de la actuación de todos los órganos administrativos intervinientes”.

1. Hay que destacar, por su importancia, que el artículo 68 incorpora una importante competencia autonómica, de tal forma que la integración social del extranjero por motivos de arraigo requerirá de informe autonómico o local, a concretar por vía reglamentaria pero que en cualquier caso tendrá en cuenta, entre otros aspectos, los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales.

2. En la regulación de los menores no acompañados se refuerza aún más el cambio provocado por la incorporación de mayores competencias autonómicas. De tal forma, las CC AA deberán ser informadas de los acuerdos que suscriba el gobierno español con los países de origen de tales menores, y podrán formalizar directamente acuerdos con tales países “dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia”, en los que deberán establecerse mecanismos adecuados de seguimiento por parte de la autonomía suscriptora del texto. Nuevamente las CC AA podrán determinar con sus informes el grado de integración de esos menores cuando alcancen la mayoría de edad a los efectos de concederles por las autoridades competentes las autorizaciones de residencia y trabajo, con una mención expresa de política activa de empleo autonómica, ya que no puede entenderse de otra forma la mención de que las autonomías “desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad”.

3. El artículo 37 regula las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia. A efectos de que quede clara la competencia autonómica en la tramitación inicial de las autorizaciones de trabajo por parte de aquellas CC AA que

las hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía, el nuevo texto dispone que “la concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos”. El mismo precepto se recoge en el siguiente artículo, regulador de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, en el que se incorporan varias modificaciones para adaptar la futura normativa española a la reciente directiva comunitaria sobre acceso al mercado de trabajo de trabajadores altamente cualificados.

Además, se incorpora una modificación al artículo 37.2 sobre autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de tal forma que la autorización inicial queda limitada a un ámbito geográfico no superior al autonómico (en coherencia con el traspaso de competencias en esta materia a la Comunidad Autónoma de Cataluña, y probablemente a otras Comunidades más adelante) y a un sector de actividad, remitiendo a la normativa reglamentaria sobre su duración. En el mismo ámbito de relación entre la normativa estatal y la autonómica, se consolidan legalmente las competencias de las autonomías en materia de autorizaciones inicial de trabajo, siendo importante destacar el idéntico texto de los artículos 37.3 (trabajo por cuenta propia) y 38.8 (trabajo por cuenta ajena), en los que se dispone que la concesión de dicha autorización inicial de trabajo, que deberá llevarse a cabo “en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia”, corresponderá a las Comunidades Autónomas “de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos”.

2.1. El procedimiento de concesión de las autorizaciones iniciales de trabajo

Está regulado en el Real Decreto 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.

La norma, que abre el camino a los que puedan producirse con otras autonomías que tengan atribuido el mismo título competencial en sus Estatutos, dispone que el traspaso de competencias determinará la intervención de dos autoridades administrativas en la resolución del expediente administrativo cuando se pida autorización de trabajo, y modifica varios artículos del RD 2393/2004 para establecer una adecuada coordinación de las dos administraciones públicas. Es decir, la autonómica, que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, y la estatal, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España. O lo que es lo mismo, tiene que haber un único

procedimiento administrativo, y el sujeto interesado deberá tramitar toda la documentación ante una sola administración, que será la más próxima a la ciudadanía, con un documento de respuesta en el que se contendrá el pronunciamiento concreto de cada una de las administraciones competentes.

Se iniciará el procedimiento por el órgano correspondiente de la CCAA, coordinado con el de la Administración General del Estado. Se dictará una resolución conjunta de autorización o denegación, expedida por el órgano competente de la CCAA “y firmada por los titulares de cada uno de los órganos competentes de cada una de las Administraciones”, notificada a la parte interesada por la CCAA, y con posible impugnación ante los órganos que la firmen (en razón de cuál sea el competente para resolver) si bien la resolución se volverá a firmar por ambas administraciones y se comunicará por la CCAA.

Para que el nuevo sistema derivado de la asunción de competencias por las CCAA funcione de manera efectiva y eficaz, es necesario que haya coordinación e información mutua entre ambas administraciones, ya que la Administración General del Estado necesita de la información sobre los flujos migratorios en todo el Estado, y las CCAA deben disponer “de la información relativa a las renovaciones de las autorizaciones que se concedan a partir de las autorizaciones iniciales de trabajo que hubieran concedido”. Además, se hace especial hincapié en la efectiva y rápida utilización de las aplicaciones informáticas para que la tramitación sea lo más ágil posible.

Para concretar en el texto articulado la nueva articulación competencial, se recogen numerosas modificaciones en los artículos referidos a la tramitación inicial de autorizaciones de trabajo y en los que se hacía referencia a la Administración General del Estado, ya que a partir de ahora habrá que incorporar referencias a las CCAA cuando se trate de autorizaciones iniciales de trabajo.

Se modifican los arts. 49.2; 50; 51.1 (presentación de la solicitud ante la CCAA, cuando se vaya a desarrollar en este territorio la relación laboral y dicha CCAA “hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena”; 51.3 (el informe de la AGE será vinculante cuando la causa de inadmisión afecte al ámbito de la residencia); 51.4 (será la CCAA con competencias la que recabará los informes de la Administración tributaria y el de la Seguridad Social); 51.5 (resolución conjunta, coordinada y concordante, de ambas administraciones sobre la petición formulada); hay una nueva redacción de la mayor parte del art. 53, con la adición de dos importantes nuevos apartados; se da nueva redacción al art. 58; al art. 59.4; al art. 59.5 (importante: será la CCAA la que verificará el cumplimiento de los requisitos correspondientes al ámbito laboral y simultáneamente, a la competencia de la AGE para lo relativos al ámbito de residencia.); números 6 y 7 del art. 59; art. 60.2; art. 61, art. 62.1, con un añadido importante sobre la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

Por una vía indirecta, la modificación del art. 79, al que se adiciona un nuevo número 5, se reconocen competencias autonómicas en materia de contingente (que vendría a ser la actual gestión colectiva de contrataciones en origen), ya que el acuerdo que se apruebe por el gobierno deberá establecer la intervención autonómica competente “en los trámites de carácter laboral, así como en la recepción de solicitudes, admisión a trámite, comprobación de los requisitos laborales, emisión de informe sobre los mismos y su remisión a la Dirección General de Inmigración para continuación de los trámites”. En la misma línea se sitúan el nuevo párrafo 3 del art. 81 y el apartado 2 modificado del art. 84.

Los art. 90 y siguientes regulan las competencias autonómicas en el caso de estudiantes que prestan una actividad laboral a tiempo parcial. Se produce una importante modificación en la nueva redacción del art. 99, en concreto el segundo párrafo de la letra b), relativo a las modificaciones de la autorización inicial de residencia temporal y de trabajo. También tendrá competencias la CCAA sobre la autorización para trabajar por cuenta ajena de los familiares previamente reagrupados. Por último, queda la duda de qué hay detrás de la disposición adicional segunda, 1, cuando se afirma que las autorizaciones iniciales de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena “no podrán exceder, salvo en los casos legalmente previstos, de su ámbito geográfico”.

Ahora bien, más allá de las modificaciones incorporadas por la norma reglamentaria para adecuar la normativa estatal a los nuevos títulos competenciales autonómicos, se han producido otras modificaciones importantes que afectan en gran medida a los requisitos requeridos para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo, a partir de los acuerdos alcanzados previamente en la mesa del diálogo social sobre inmigración el 19 de mayo de 2009. En concreto, los acuerdos que proponían reforma de la normativa reglamentaria de extranjería fueron los siguientes:

a) Inclusión “de la posibilidad de, en caso de necesidad por circunstancias sobrevenidas para garantizar la subsistencia del extranjero, permitir la modificación de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena para acceder a otra de trabajo por cuenta propia, o viceversa, sin necesidad de que haya transcurrido un año desde la concesión de la autorización inicial”.

b) Inclusión de un nuevo supuesto de renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del extranjero “cuyo cónyuge sea residente en España y cuente con recursos”.

c) Inclusión de otro supuesto de la citada renovación “del extranjero que acredite la realización de una actividad laboral durante al menos 9 meses por año (18 meses en un período de 24), siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo”.

Subrayamos de entrada que las modificaciones son de bastante importancia, y mucho más por su aplicación no sólo a las solicitudes que se formulen a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1162/2009, ya que la disposición transitoria única dispone en su segundo párrafo que los preceptos que introducen nuevos criterios para la renovación de autorizaciones de residencia y trabajo, o la modificación de las mismas, en concreto los arts. 54, 62 y 99, serán de aplicación a los extranjeros que cumplan los requisitos allí establecidos y que “hubieran iniciado el procedimiento para la autorización de residencia y trabajo con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, siempre y cuando su solicitud esté pendiente de resolución o ésta no fuera firme”.

Con respecto al ámbito geográfico de la autorización inicial de residencia y trabajo, el párrafo segundo del art. 49 permite a la CCAA que tenga reconocida competencias en materia de autorización inicial de trabajo “fijar el ámbito geográfico de la autorización inicial dentro de su territorio”; o dicho de otra forma, que la Comunidad Autónoma de Cataluña podría permitir que el trabajo se desarrollara en un ámbito supraprovincial.

Esta posibilidad fue incluso valorada de forma positiva por el Dictamen del Consejo de Estado¹⁴, en el que se afirma que “aún cuando el ámbito territorial de referencia pueda ser la provincia, ningún reparo puede realizarse a la posibilidad de que la Comunidad Autónoma titular de la competencia sobre autorización inicial de trabajo decida fijar el ámbito geográfico correspondiente al que aquella extenderá su eficacia, dentro de su respectivo territorio. Este mecanismo, incluso, puede producir criterios más afinados a la hora de proceder a la correcta selección de los trabajadores”.

El mismo criterio de posible ampliación del ámbito geográfico de actividad se aplica a las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta propia, según dispone el nuevo número 2 del art. 60.

Los dos nuevos apartados incorporados al artículo 54, con numeración 5 bis) y 5 ter), incorporan casi en su literalidad los acuerdos alcanzados en la mesa del diálogo social sobre inmigración, para poder facilitar la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena. Por lo que hace al

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO: *Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto 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, y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.* http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-322.

primero, se prevé la renovación de la autorización de residencia y trabajo cuando el trabajador acredite que se ha encontrado trabajando y en alta en Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un periodo de doce, o de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro, siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo; respecto del apartado 5.ter, se prevé que “también procederá la renovación cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador”. Con estos preceptos, consideramos que se buscaría evitar que se produzca un incremento del número de personas trabajadoras extranjeras que pasen a la situación de irregularidad administrativa, y a la economía irregular, ante la imposibilidad de renovar la autorización por encontrarse en situación de desempleo.

Por lo que respecta a la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, se introduce un nuevo párrafo en el número 1 del artículo 62, de forma que también podrá procederse a la citada renovación “cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador”.

Se incorpora un nuevo párrafo tras el art. 99. 2 b), que recoge sustancialmente el acuerdo alcanzado en la mesa del diálogo social de inmigración, al objeto de facilitar que el trabajador pueda modificar la autorización inicial de que disponga cuando se hubiera extinguido su actividad por causas no imputables a su voluntad. Más exactamente, la redacción del texto es la siguiente: “Excepcionalmente, podrá acceder a la modificación de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, sin necesidad de que haya llegado el momento de renovación de la misma, el extranjero que 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”.

2.2. Cuestiones de debate en relación a la concesión de autorizaciones de trabajo a las trabajadoras víctimas de violencia de género

Conforme al art. 31 bis (residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género) de la Ley Orgánica 4/2000, añadido por su reforma de 2009, prevé en líneas generales que de ponerse de manifiesto una situación irregular de la mujer en el marco de una denuncia por ésta de aquella situación, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. En desarrollo de esta normativa, se adoptó el 18 de diciembre de 2009 una Instrucción Conjunta de

la Dirección General de la Política y de Inmigración¹⁵, en la que se dispone que la autorización provisional de residencia y trabajo que puede concedérsele al amparo del nuevo artículo 31.bis.3 habilitará a trabajar “en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial”. Dicha habilitación también puede concederse en caso de sentencia condenatoria por violencia de género y en los mismos términos.

En función de ello, la cuestión a debate versa sobre qué administración sería la competente para otorgar la autorización inicial de trabajo, dado el ámbito supraautonómico de la misma, y de momento sólo afecta a la Comunidad Autónoma de Cataluña, pero es de prever que vayan afectando gradualmente a otras autonomías con semejantes competencias en materia de inmigración.

A favor de la tesis “centralista” pueden encontrarse los siguientes argumentos:

a) En el Real Decreto 1463/2009 de 18 de septiembre, se dispone el traspaso a la Generalitat de Cataluña de “las funciones que viene desempeñando la Administración General del Estado y los servicios relativos a la iniciación, instrucción y resolución de procedimientos y notificación de resoluciones, así como los procedimientos de recurso administrativo, en su caso, sobre los tipos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, conforme a la legislación estatal vigente en el momento de la efectividad de este traspaso, y que figuran en el anexo de este acuerdo”.

b) En el texto de la Instrucción no hay referencia alguna ni a las competencias ni a las autoridades autonómicas, a excepción justamente de la persona (Director General del *Servei d’Ocupació de Catalunya*) a la que también se dirige la misma. Con respecto a la autorización provisional de residencia y trabajo sólo se hace referencia a la obligación de “la Oficina de Extranjeros (en su defecto área o dependencia de trabajo e inmigración)” de informar a la mujer extranjera de la posibilidad que tiene de solicitarlas.

c) La autorización provisional que se conceda, cuando se den las condiciones legales requeridas para ello, habilitará a la mujer extranjera, según puede leerse en el penúltimo párrafo de la letra B), “a trabajar, por cuenta propia o ajena, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial”.

d) En el mismo sentido que lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se conceda la autorización inicial de residencia y trabajo por dictarse sentencia

¹⁵ Véase la página web del SINDICATO PROFESIONAL DE POLICÍA: <http://www.spp.es/index.php/actualidad/756-orden-general-numero-1803-de-28-de-diciembre.html>.

favorable a la mujer extranjera afectada por violencia de género, el cuarto párrafo de C) dispone con toda claridad que la concesión de la autorización de trabajo “supondrá la posibilidad de trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial” (la negrita subrayada es mía).

Por el contrario, a favor de las competencias de las autoridades autonómicas militaría la tesis de que no se trata en puridad de un nuevo supuesto de autorización de residencia y trabajo, sino que ya existía con anterioridad a la fecha de efectividad del traspaso de competencias a la Generalitat. Se trataría de una interpretación amplia e integradora de los artículos 45.4 a) y 47 del RD 2393/2004, en relación con la normativa reguladora del traspaso de competencias a la autonomía, y quizás por ahí pueda, efectivamente, incluirse la nueva figura de la autorización provisional de residencia y trabajo para las mujeres afectadas por violencia de género, aunque no es menos cierto que se trata de un nuevo supuesto que no estaba recogido en la normativa vigente en el momento de los traspasos. También es cierto que la LO 2/2009 no contempla la atribución de la autorización sin limitación de ámbito territorial.

En cualquier caso, la cuestión más importante es la que se plantea sobre la necesidad de que se resuelva jurídicamente si la administración autonómica catalana puede tramitar la autorización inicial para trabajar en supuestos en los que no se prevé la limitación territorial.

Si prospera la tesis más restrictiva, en interpretación literal del Real Decreto de traspaso de competencias y de la Ley orgánica 2/2009, la Generalitat no tendría competencias para dicha tramitación. Si avanza la tesis más integradora, cual es que se entienda que se han traspasado todas las autorizaciones referenciadas en el anexo del Real Decreto y al margen de que en algún caso el ámbito territorial de la autorización para trabajar desborde el marco autonómico, y no porque la Generalitat se exceda en sus competencias sino porque así lo dispone la normativa legal estatal, será la autoridad autonómica quien tramite las autorizaciones iniciales de trabajo en los supuestos hasta ahora dudosos. Es una interesante cuestión jurídica, y de indudable trascendencia práctica, que dejo aquí planteada.

En cualquier caso, y para concluir, pensamos que en caso de discrepancia deberá acudir a la previsión de la normativa reguladora del traspaso para dar una respuesta rápida a las posibles divergencias que puedan surgir en este terreno, en la que se dispone que “la inclusión de cualquier otro supuesto de autorización inicial de trabajo que pueda contemplar la normativa vigente en cada momento en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros, será analizado caso a caso por la Comisión Bilateral Generalitat-Estado a los efectos de determinar si se encuadra en el ámbito del artículo 138.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña”.

3. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha hecho hincapié en la consolidación por el conjunto de reformas emprendidas en el año 2009 del modelo de laboralización de la política de inmigración en España, que habrá de hacer frente en el futuro a la evolución de los flujos migratorios hacia nuestro país, derivados de factores como la evolución demográfica en España y las propias necesidades del mercado de trabajo.

En todo caso, ese modelo ha sido objeto de una fórmula descentralizadora por la importante ampliación de competencias autonómicas que se han empezado a traspasar en el ámbito de la concesión de las autorizaciones iniciales de trabajo, y también, en el marco de la gestión colectiva de las contrataciones en origen, si bien con una presencia fundamental de las organizaciones sindicales y patronales más representativas.

En todo caso, el marco de las políticas autonómicas, y también el papel de las administraciones locales, también en el marco de las acciones de promoción de la inserción laboral de los inmigrantes, deben complementar así la política estatal en materia de inmigración.

Por otra parte, la opción de la Ley Orgánica 2/2009 por una entrada en vigor inmediata, puede haber ocasionado una cierta inflación de instrucciones y circulares, que orientan la actuación de las Administraciones públicas implicadas en la tramitación de estas situaciones, de cuyo estudio, se ha detectado en algunas ocasiones interpretaciones restrictivas en el ejercicio de los derechos, o dicho de otra forma de buscar recovecos legales para hacer más difícil dicho ejercicio, si bien en otros casos (afortunadamente) las tesis que se defienden irían justamente en dirección contraria. Quizás esté demasiado enquistada en la Administración General del Estado la tesis de que el acceso de los extranjeros a los derechos que les reconoce la normativa legal no puede ser tan sencillo como si se tratara de derechos de los autóctonos, y puede ser que algo de razón práctica tengan por los fraudes legales con que se hayan encontrado durante muchos años, pero creemos que es fundamental que arraigue y se consolide en las administraciones públicas la tesis de la igualdad en la aplicación de la normas para todos los ciudadanos, con independencia de su nacionalidad y siempre, por supuesto, dentro del respeto a las normas en vigor.

Debemos poner de manifiesto, aunque sea en el apartado de Conclusiones, la implicación de la normativa española de derechos y deberes de los extranjeros en España con el Pacto europeo de inmigración y asilo de 2008, en el que se llama por el Consejo a todos los Estados miembros a poner en práctica una política de inmigración escogida, especialmente en función de las necesidades del mercado de trabajo y concertada, teniendo en consideración el impacto que pueda tener sobre los otros Estados miembros, pero política, al fin y al cabo,

decidida por cada Estado y que debe respetar, en cualquier caso, el principio de la preferencia comunitaria para el empleo.

Finalmente, se cierra este apartado recordando la necesidad de desarrollo reglamentario de un buen número de preceptos de la legislación orgánica aprobada en 2009, por lo cual conviene esperar a cual sea su resultado para conocer el verdadero, y definitivo, alcance del proceso de reformas emprendidas en materia de inmigración.