

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000



COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

I.- VALORACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA RENOVACIÓN U OBTENCIÓN DE LOS DIFERENTES TIPOS DE AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y DE RESIDENCIA Y TRABAJO

Nos referimos a los siguientes artículos:

51.4, letra a): renovación de autorizaciones de residencia no lucrativas.

61.5 a): renovación de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar.

64.2 b): concesión de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial.

71.4 a): renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.

76.1 b): concesión de autorización de residencia y trabajo para investigación.

86.1 a): concesión de autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

103.2 b): concesión de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia inicial.

107.4, párrafo 2º: renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia.

146.2, letra f): concesión de autorización de residencia de larga duración.

150.2, letra f): concesión de autorización de residencia de larga duración-UE.

156.3, letra b): recuperación de la residencia de larga duración.

158.3, letra b): recuperación de la residencia de larga duración-UE.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

I.- Que la Remisión Condicional no existe en nuestro Ordenamiento, tras su derogación por el Código Penal de 1995, por lo que debe suprimirse toda referencia a la misma en el articulado del Reglamento.

II.- Que en las renovaciones, se deben valorar las circunstancias concretas referidas tanto a las circunstancias personales del sujeto (arraigo en el país, estar trabajando, vinculaciones familiares, etc.) como al tipo de delito cometido (no es lo mismo un delito grave que una mera conducción sin carnet).

III.- Que además habrá que valorar si se ha cumplido la pena privativa de libertad o multa, pues existen otras penas que pueden demorarse en el tiempo, como las privativas de derechos. Por ejemplo, en la suspensión sólo se suspende la pena privativa de libertad.

IV.- Que los antecedentes penales no deberían ser causa de la denegación del permiso de larga duración, salvo que los delitos cometidos tengan una determinada entidad (2 años de privación de libertad mínimo), dado que no debemos olvidar que son personas que ya tienen un proyecto migratorio consolidado.

V.- Que resulta necesario considerar que los antecedentes penales pueden traer causa de la comisión de delitos imprudentes o de delitos contra la seguridad del tráfico, castigados con penas no privativas de libertad.

VI.- Que no deberían tomarse en consideración aquellos antecedentes que debieran haber sido cancelados.

VII.- Que hay países en cuyos Ordenamientos jurídicos no existe la figura de cancelación de antecedentes penales o bien los plazos son excesivamente largos. Tomar esto en consideración dará virtualidad a la figura de la cancelación como elemento de la rehabilitación y reinserción del delincuente, como fin de la pena.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

II.- MUJERES EXTRANJERAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

I.- ARTÍCULO 59.6

El artículo 59 regula los supuestos y requisitos para que los familiares reagrupados obtengan una Autorización de residencia independiente. El apartado 6 vincula la duración de dicha tarjeta independiente exclusivamente con el tiempo previo de residencia por reagrupación.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que dicho apartado debe coordinarse con lo establecido en el artículo 132.1 y, dado el especial tratamiento que reciben las mujeres víctimas de violencia de género, aclarar que la autorización independiente que éstas obtengan tendrá una duración de 5 años. No es posible hacer de peor derecho a la mujer víctima que tenga autorización de residencia por reagrupación familiar, respecto de la mujer víctima que obtenga una autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales.

III.- ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA DE MENORES COMO REQUISITO PARA PODER RENOVAR LA AUTORIZACIÓN

I.- ARTÍCULO 61.3, letra a), punto 3º. ARTÍCULO 71.3. ARTÍCULO 107.3. ARTÍCULO 146.2, letra c)

Entre la documentación exigida para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal por reagrupación familiar, para residencia y trabajo por cuenta ajena y cuenta propia, y para la obtención de autorización de residencia de larga duración, se exige la presentación de informe emitido por las autoridades autonómicas competentes que acredite la escolarización de los menores a cargo en edad de escolarización obligatoria.

A este respecto, CONSIDERAMOS:

Que si bien el artículo 9.4 LOEX¹ prevé la obligación de presentar informe acreditativo de la escolarización, tanto para las renovaciones como para el acceso a la autorización de larga duración, de la literalidad de dicho apartado no se extrae en ningún momento que la denegación de la autorización sea su consecuencia necesaria.

¹ Art. 9.4 LOEX: "Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Antes bien, acudiendo al artículo 13.2² de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (interpretación lógica y sistemática), parece claro que la finalidad de la norma es dotar a las autoridades (de Extranjería) con un instrumento más de detección de situaciones de no escolarización, a los meros efectos de su puesta en conocimiento de las autoridades públicas (educativas) competentes.

Interpretación que, igualmente, resulta coherente con el principio de no discriminación y el consecuente reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que viven y trabajan legalmente en España [art. 2 bis, letra e) LOEX].

Reconociendo la importancia de perseguir y evitar los casos de no escolarización y de absentismo, en ningún caso ello debe ser causa para provocar la irregularidad sobrevenida de la persona que solicita la renovación. Y, no lo olvidemos, provocará la irregularidad del propio menor en los casos que éste tenga una autorización de residencia por reagrupación familiar. Grave perjuicio al interés superior del menor, bien jurídico a proteger.

Es por ello que cualquier incumplimiento de la normativa sobre escolarización de menores en edad de escolarización obligatoria, deberá tener los efectos establecidos por la legislación educativa (normativa específica) para todas las personas que viven en nuestro país. Lo contrario supone llevar la naturaleza de relación de sujeción especial de los extranjeros a límites no deseables y convertir la Ley de Extranjería en una ley sancionadora especial en donde vayan incluidas todas las infracciones que tengan que ver con elemento extranjero.

IV.- CAMBIOS DE EMPLEADOR EN LAS AUTORIZACIONES INICIALES DE RESIDENCIA Y TRABAJO POR CUENTA AJENA, ASÍ COMO EN LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIA EXCEPCIONAL DE ARRAIGO SOCIAL

I.- ARTÍCULO 67, apartados 8 y 9

El apartado 8 de este artículo permite el alta del trabajador extranjero con otro empleador distinto al originario, en los solos casos de fallecimiento o de desaparición del empleador.

Y por su parte, el apartado 9 se limita a señalar que el trabajador extranjero comunicará a la Oficina de Extranjería que se ha dirigido al empleador que solicitó la autorización y que éste le ha comunicado su intención de no darle de alta en Seguridad Social en plazo.

² Art. 13.2 LO 1/96: "Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que ya la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 8 enero 2007, decía en su Fundamento de Derecho Sexto *in fine* que: "[...] *podría reprocharse al reglamento que no haya previsto de modo expreso las posibles situaciones en que la afiliación no se produzca sin culpa del trabajador*", lo que constituye una de "*estas omisiones eventualmente cometidas en el ejercicio de la potestad reglamentaria*".

Llama la atención que no se dé la misma posibilidad al trabajador afectado que haya realizado su entrada conforme a la legalidad en territorio nacional, y que por causas sobrevenidas y no imputables al mismo, no ha sido dado de alta en este plazo por el empleador.

En este sentido entendemos que, permitiéndolo la situación nacional de empleo al tratarse del mismo sector y ocupación para la que ha sido autorizado, y teniendo en cuenta todos los factores involucrados en un proyecto migratorio (pérdida del trabajo en el país de origen, inversión económica para el viaje, familiares dependientes del trabajador, etc.) resulta contrario a la razón e injusto para el trabajador que ha conseguido una nueva oferta y que ha obrado en todo momento según la ley, no tener más opción que regresar a su país con todos los perjuicios que ello puede implicarle, siendo la parte más desprotegida y vulnerable en este procedimiento de contratación.

Es por ello que el apartado 9 debería incidir en que la comunicación que hará el trabajador a la Oficina de Extranjeros será a los efectos de acreditar que el empresario tiene constancia de que se halla legalmente en España y habilitado para el comienzo de la relación laboral. Cuestión que no resulta baladí si acudimos al artículo 53.2 a) LOEX. Así, la comunicación del trabajador a la Oficina de Extranjería impide que el empresario alegue no haber tenido constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral, lo que permitirá acreditar la comisión de la infracción contenida en dicho art. 53.2 a) LOEX.

II.- ARTÍCULO 122.2, letra b)

En este apartado se establece la necesidad de contar con un contrato de trabajo con una duración mínima de 1 año.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que lo expuesto respecto del artículo 67.8 es igualmente extensible a este caso. Es el supuesto en que una vez concedida la Autorización de Arraigo, el empleador se niega a dar de alta al trabajador. Habría que evitar la reiteración de farragosos trámites, con tan sólo conceder validez a la presentación de un nuevo contrato firmado con un nuevo empleador y conservando el resto de actos y trámites.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

V.- REQUISITOS PARA LA RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO

I.- ARTÍCULO 71.2 b) y c)

Ambas letras desarrollan reglamentariamente supuestos en los que sería posible renovar la Autorización de Residencia y Trabajo por Cuenta Ajena.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que de acuerdo con la redacción dada al artículo 38.6 a) LOEX tras la última reforma legal operada por la LO 2/2009, la autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración *“Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato”*.

La modificación producida por la lo 2/2009, viene a sustituir el término “oferta de trabajo” por “contrato”, pero suprime también la remisión a desarrollo reglamentario de los “términos en que debe producirse”.

Podría entenderse así que se trata de un nuevo supuesto de renovación “automática”, que dejaría fuera de cobertura legal la regulación contenida en el artículo 71.2 b) y c).

VI.- RETORNO VOLUNTARIO

I.- ARTÍCULO 120.1

Este apartado exime de la situación nacional de empleo a los extranjeros que se acogieron al retorno voluntario del artículo 118.1, letra a).

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que dicha exención debe extenderse a los supuestos de retorno al margen de programa alguno [art. 188.1, letra b)]

II.- ARTÍCULO 119.1, párrafo 2º. ARTÍCULO 64.2, letra d)

Respecto de ambos apartados, CONSIDERAMOS:

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Que se establece por vía reglamentaria lo que de hecho viene a ser una prohibición de entrada. En este sentido, la única referencia en la Ley es la contenida en el artículo 36.7³, exclusivamente centrada en programas de retorno voluntario.

VII.- RESIDENCIA Y TRABAJO DE PENADOS EXTRANJEROS

El artículo 36.1 de la Ley de Extranjería contiene una referencia expresa a los Penados Extranjeros cuando dice: "*1. 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. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente*".

Dada la importancia de esta materia, consideramos fundamental que el nuevo Reglamento de Extranjería desarrolle la previsión legal, evitando así un posterior desarrollo mediante Instrucciones, tal como sucede actualmente.

Por ello, resultaría conveniente incluir un nuevo artículo dentro del Título IV (Residencia Temporal), cuya redacción podría ser la que propone el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes en su Dictamen⁴ que podría tener el siguiente tenor:

Artículo 120 bis (nuevo). Autorización de Trabajo para Penados extranjeros.

1. Toda resolución de la Autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo, a los efectos de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, gestionados por el Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo.

Dicha resolución será comunicada por la Dirección del Centro Penitenciario a la Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que dicho Centro se encuentre ubicado, o a la Delegación del gobierno en el caso de Comunidades Autónomas uniprovinciales, u órgano competente y a la Dirección General de Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

La validez de dicha resolución judicial como autorización de trabajo se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios.

2. Cuando el Juez o Tribunal sentenciador no haya sido sustituido la condena por expulsión del territorio español, la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones

³ Art. 36.7 LOEX: "*No se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo*".

⁴ Véase la Página 37 de dicho Dictamen.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Penitenciarias de clasificación en artículo 100, tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional. Dicha autorización se concederá sin perjuicio de que finalizada la condena se le aplique lo contenido en la Ley Orgánica 4/2000 y en el presente reglamento para la obtención o renovación de la autorización de residencia.

El extranjero que desee obtener una autorización de trabajo y se encuentre en alguno de los supuestos anteriores deberá presentar personalmente o a través de un representante o de los propios servicios sociales Penitenciarios, o por el empleador la correspondiente solicitud de autorización de trabajo ante el órgano competente para su tramitación.

Dicho órgano entregará al interesado comunicación de inicio de procedimiento o en su caso, resolverá la inadmisión a trámite

Con la solicitud en modelo oficial se deberá acompañar la siguiente documentación:

a) Copia del pasaporte o título de viaje

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

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

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

d) Los documentos acreditativos de los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66, siempre y cuando existiera duda respecto a la solvencia de la empresa por parte de la autoridad competente.

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

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

h) La titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.

i) Resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en la que se acuerda la concesión del artículo 100 o la progresión a tercer grado penitenciario o en su caso el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el que se otorga la Libertad Condicional.

j) Certificado del Director del Centro Penitenciario en el que se haga constar la fecha de finalización de la condena.

En el supuesto de que no se presenten los documentos recogidos en el apartado anterior el órgano competente requerirá al interesado y le advertirá expresamente que,

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

de no aportarlos en el plazo de diez días o no proceder al pago de las tasas por tramitación del procedimiento, se le tendrá por desistido de la petición y se procederá el archivo del expediente

La autoridad competente resolverá de forma motivada la concesión o denegación de la autorización de trabajo solicitada

Si la resolución es desfavorable, se notificará al interesado, informándole por escrito en el mismo documento de los recursos administrativos y judiciales que procedan contra la misma, las autoridades ante los que deban interponerse y los plazos previstos para ello, con indicación del derecho a obtener asistencia letrada en los términos establecidos en la Ley de asistencia Jurídica Gratuita.

MOTIVACIÓN:

Las personas que trabajan con extranjeros en prisión (y los propios extranjeros) estaban esperando este Reglamento, puesto que el art. 36.1 LOEX establecía la previsión del desarrollo reglamentario del trabajo de los extranjeros penados, que conllevaría una autorización para trabajar, aunque no una residencia.

Actualmente nos encontramos en la práctica con que las Instrucciones del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, que regulan el trabajo de penados, no comprenden a todos los extranjeros que están en nuestro país cumpliendo condena. Por su importancia, al ser extranjeros el 35% de la población reclusa en España, este tema tiene que ser regulado de forma expresa y clara para evitar las situaciones gravísimas de imposibilidad de progresión en el tratamiento penitenciario.

Las Instrucciones a las que aludimos dejan fuera a muchos penados, vulnerando el art. 25.2 CE y los principios de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ya que el trabajo es uno de los elementos más importantes del tratamiento penitenciario.

Debe regularse de forma clara la garantía, para todo extranjero en prisión, libertad condicional o tercer grado, del derecho a trabajar mientras cumpla condena tal y como dispone la Constitución.

Si un extranjero está sometido al régimen penitenciario español, mientras permanezca en nuestro país y sujeto al mismo, ha de tener los mismos derechos laborales que cualquier otro penado.

Debe revisarse esta laguna de inmediato, dando valor de autorización para trabajar a los autos de concesión del tercer grado penitenciario y libertad condicional, mientras se cumple condena. Ello igualmente debe permitir a los penados acceder a ayudas y prestaciones que beneficien a las personas en su situación.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 permite la concesión de una autorización para trabajar de 6 meses de duración. La concesión de la Autorización de Trabajo, que tendrá plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, no otorgará por sí misma, en ningún caso, la condición de residente extranjero, y tendrá una duración máxima de seis meses (prorrogables) y hasta la fecha de cumplimiento de la condena. Pero hay disparidad en la aplicación por las Subdelegaciones:

- La Dirección General de Inmigración, con fecha 26 de marzo de 2007, estimó que "sí es posible conceder validez de autorización de trabajo al Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el que se clasifica al citado extranjero en segundo grado con la modalidad prevista en el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario, que permite aplicar aspectos característicos propios del tercer grado".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

- También la antigua Dirección General de Instituciones Penitenciarias en dos ocasiones, el 27 de diciembre de 2006 y el 29 de febrero de 2008 (esta última vez debido a la propuesta que le remitió el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid), transmitió a la Dirección General de Inmigración su criterio favorable a la autorización de trabajo para los internos extranjeros clasificados en segundo grado en la modalidad prevista en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

VIII.- RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA

El Reglamento regula la Residencia temporal y Trabajo por Cuenta Ajena en los artículos 62 a 72, de los cuales queremos destacar varios aspectos.

I.- ARTÍCULO 63.1, párrafo 2º

Al margen de la mala ubicación de este párrafo, que debería estar situado y coordinado con el apartado 5, interesa abordar la expresa previsión que contiene en el sentido de fijar que la Autorización Inicial se limitará a un ámbito geográfico provincial.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Partiendo de que la LOEX establece en su artículo 38.5 que "*La autorización inicial de residencia y trabajo se limitará, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, a un determinado territorio y ocupación*", el desarrollo que hace el Reglamento de las limitaciones geográficas (apartados 1 y 5 del art. 63) supone que se diferenciará entre:

- Las Comunidades Autónomas que **no** hayan asumido competencias en materia de autorizaciones iniciales de trabajo, en cuyo caso la limitación geográfica resulta ser la más restrictiva, el ámbito *provincial*. Esta limitación tendría su justificación en el ámbito competencial de las Subdelegaciones de Gobierno, quienes no podrían fijar per se un ámbito territorial superior para la autorización.
- Las Comunidades Autónomas que **sí** asumen estas competencias, en cuyo caso se reconoce la posibilidad de establecer otro ámbito geográfico. Por ejemplo, pueden decidir que el ámbito geográfico sea *autonómico*.

Por lo expuesto, entendemos que ello va a provocar de hecho una fragmentación del régimen de Extranjería y que puede condicionar la movilidad de las personas extranjeras entre unas Comunidades Autónomas y otras.

II.- ARTÍCULO 64.2 c)

Como uno de los requisitos a cumplir para que se conceda una Autorización de residencia y trabajo temporal por Cuenta Ajena, la letra c) de este artículo establece la necesidad de no figurar como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Que esta previsión contradice lo establecido en el artículo 11.4⁵ de la Directiva de Retorno y el artículo 25.1⁶ del Acuerdo de Schengen.

Del tenor literal de ambas normas se desprende que es posible expedir una Autorización de Residencia a personas extranjeras que figuren como no admisibles en el SIS, sin que dicha circunstancia produzca de forma automática la denegación de la autorización de residencia solicitada.

III.- ARTÍCULO 69.1, letras b) y h)

El artículo 69 aborda la denegación de la solicitud de Autorización Inicial de Residencia y Trabajo temporal por Cuenta Ajena.

Como supuestos de denegación están los contenidos en las letras b) y h) del apartado 1⁷.

⁵ Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Art. 11.4: *"En caso de que un Estado miembro estudie la posibilidad de expedir un permiso de residencia u otra autorización que otorgue un derecho de estancia a un nacional de un tercer país que esté sujeto a una prohibición de entrada dictada por otro Estado miembro, consultará en primer lugar al Estado miembro que haya dictado la prohibición de entrada y tendrá en cuenta sus intereses, de conformidad con el artículo 25 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen"*.

⁶ Art. 25.1 Acuerdo Schengen: *"1. Cuando un Estado miembro proyecte expedir un permiso de residencia, llevará sistemáticamente a cabo una consulta en el Sistema de Información de Schengen. Cuando un Estado miembro proyecte expedir un permiso de residencia a un extranjero inscrito como no admisible, consultará previamente al Estado miembro informador y tendrá en cuenta los intereses de este; el permiso de residencia sólo podrá ser expedido por motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales.*

Si se expide el permiso de residencia, el Estado miembro informador procederá a retirar la inscripción; no obstante, podrá inscribir a dicho extranjero en su lista nacional de personas no admisibles".

7 b) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud el empleador 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 artículos 50, 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.

h) De así entenderlo oportuno la autoridad competente para la resolución del procedimiento a la vista de las circunstancias concurrentes, que en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud el empleador solicitante haya decidido la extinción del contrato que motivó la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena con carácter previo a la finalización de la vigencia de la autorización.

De así entenderlo oportuno la autoridad competente para la resolución del procedimiento, será igualmente causa de denegación de una autorización que en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud el empleador solicitante haya sido sancionado por comisión de la infracción prevista en el artículo 53.2.a) de la Ley Orgánica 4/2000.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que estas causas de denegación constituyen en realidad una verdadera sanción, establecida por una norma con rango inferior a Ley e impuesta con total ausencia de las garantías procedimentales (instrucción previa, audiencia, contradicción, etc.) que establece nuestro ordenamiento jurídico.

En ambos casos, la sanción accesoria impuesta al potencial empleador es la de imposibilitarle contratar en origen durante todo un año.

En el caso de la letra h), además, ni siquiera se especifica que la extinción del contrato deba haber sido declarada improcedente sino que hay una presunción de fraude *iuris et de iure*. Se obliga al empresario a soportar a un trabajador aun cuando concurren los motivos de un despido procedente, contraviniendo los principios generales de una relación laboral.

IV.- ARTÍCULO 69.1, letra d)

Como otro supuesto de denegación de la solicitud de Autorización Inicial de Residencia y Trabajo temporal por Cuenta Ajena, la letra d) se refiere a la presentación de documentos falsos, o la formulación de alegaciones inexactas, o por mala fe.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que la redacción de este supuesto resulta poco rigurosa y puede dar cobijo a actuaciones arbitrarias de la Administración. En este sentido, nuestra propuesta iría en el sentido de dar una redacción diferente, por ejemplo ésta:

d) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos **declarados falsos por la autoridad judicial** o formulado alegaciones **demostradas inexactas tras las comprobaciones oportunas**, o medie mala fe **probada, debiendo quedar en todos estos casos constancia adecuada en el expediente administrativo.**

V.- ARTÍCULO 71.7

El artículo 71 del Reglamento aborda la renovación de las Autorizaciones de Residencia y Trabajo temporal por Cuenta Ajena, estableciendo la estimación de la solicitud de renovación por silencio positivo.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que, dado que tenemos constancia de que el certificado de silencio positivo no se emite en muchas Subdelegaciones de Gobierno, se hace necesario consignar en el reglamento algo que ya está en la Ley (artículo 43.4 De la Ley 30/92), que "Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días".

De lo contrario, se mantendrá la inseguridad jurídica que en el ámbito de la contratación de trabajadores se produce cuando éstos tienen sus autorizaciones en trámite de renovación. Los empleadores, al ver la tarjeta físicamente caducada, desconfían y les dan de baja. Este problema también lo hemos detectado en algunos servicios públicos de empleo.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

IX.- CATÁLOGO DE OCUPACIONES DE DIFÍCIL COBERTURA. CERTIFICACIONES EMITIDAS POR LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO

I.- ARTÍCULO 65.1

El artículo 65 dispone en su apartado 1, párrafo 6º, que *“Podrán no ser incluidas en Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo”*.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que la Situación Nacional de Empleo se enmarca dentro de un Capítulo (Capítulo III) dedicado a la “Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena”. En estas coordenadas, la SNE se plasma en el denominado Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, configurado – metafóricamente – como fotografía lo más actualizada posible (periodicidad trimestral) del mercado de trabajo español.

A dicho Catálogo acudiría el empleador, con una necesidad de contratación urgente en muchos casos, de manera que podrá ser imposible esperar a la finalización de la cualificación de personas que están en España realizando cursos formativos.

El artículo 131.1 CE permite al Estado planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, pero mediante Ley. Y por su parte, el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa así como que los poderes públicos garantizarán la productividad.

II.- ARTÍCULO 65.2, párrafos 5º y 7º

El artículo 65.2 dispone en su párrafo 5º que *“El certificado emitido por el Servicio público de empleo competente [...]. Incluirá también una valoración sobre si se trata de una ocupación que podría ser cubierta por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo”*.

En su párrafo 7º añade que *“En la valoración del certificado, la Oficina de Extranjería [...] tendrá en consideración, especialmente, [...] la valoración de si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa impulsada por el Servicio Público de Empleo”*.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Nos remitimos a lo expuesto respecto del artículo 65.1

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

X.- DENEGACIONES DE ENTRADA. DEVOLUCIONES

I.- ARTÍCULO 15.7 y DISP. ADICIONAL DECIMOCUARTA

La Denegación de Entrada está regulada en el artículo 15 del Reglamento.

I.- El apartado 1 afirma que la "denegación se realizará mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella".

Por su parte, el apartado 7 especifica que esa resolución "no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes". En el mismo sentido, la Disp. Adicional Decimocuarta in fine especifica que "*Se exceptúan las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución, las cuales no agotan la vía administrativa*".

A este respecto, CONSIDERAMOS:

Que la resolución por la que se deniega la entrada debe agotar la vía administrativa, puesto que lo contrario impide el acceso a los Tribunales y vulnera la tutela judicial efectiva.

En concreto, mientras la persona extranjera recurre para agotar la vía administrativa, el acto de regreso se puede ejecutar incluso de forma inmediata (apartado 3) porque la denegación de entrada y consecuente regreso no tienen actualmente la consideración de sanción.

Este problema ya fue puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) en su sentencia de 28 de Febrero de 2006 (RJ/2006/808), en donde se decía que no debía ejecutarse el retorno antes de haber resuelto la medida cautelar en vía administrativa solicitada, pero en la práctica no se está aplicando esta doctrina.

II.- ARTÍCULO 23 y DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOCUARTA

La Devolución está regulada en el artículo 23 del Reglamento.

A) Si bien la Devolución no ha sido considerada como sanción, sin embargo, respecto de la Prohibición de Entrada que lleva aparejada o el reinicio del cómputo de la misma⁸, sí se considera una sanción por agravar la situación de la persona extranjera.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que debe recogerse expresamente la necesidad de tramitar un Expediente Sancionador que garantice el derecho de audiencia [arts. 24 y 105 c) CE] para imponer o reiniciar un periodo de prohibición de entrada, dado que se trata de una medida limitativa de derechos. Así lo viene declarando el Tribunal Superior de Justicia de

⁸ Artículo 58.7: "*La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años*".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Andalucía (por todas, STSJ Sala de lo Contencioso Administrativo de Málaga, de 11 de abril de 2008).

En este sentido, nuestra propuesta al borrador del Reglamento suponía la adición de un nuevo apartado con la siguiente redacción:

"5. En los supuestos de devolución del art. 58 de la Ley, se precisará la tramitación de un expediente sancionador, que será el mismo que el previsto en el artículo 231 y siguientes, pudiendo reducirse los plazos a la mitad, e incluso si las razones de urgencia lo exigieran, se dará plazo de audiencia inmediato que se realizará de forma oral, pudiendo aportarse cuantos documentos o medios de prueba puedan realizarse en el acto o en las 24 horas siguientes".

B) El apartado 7 del Reglamento introduce la novedad de contemplar expresamente los plazos para la prescripción de la resolución de devolución. En concreto, para la devolución acordada en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 LOEX, el plazo se fijaría en 5 años.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que es razonable acudir a la regulación que la Ley 30/92 hace (artículo 132) de los plazos generales de prescripción: 3 años para las sanciones muy graves, 2 para las graves y 1 año para las leves.

Y que el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contar desde que ésta adquiera firmeza, es decir: al mes siguiente de su dictado al no haberse recurrido en alzada. Sin que se establezca otra forma de cómputo ni de establecimiento de día a quo a partir del que debemos empezar su cómputo.

Y que la prohibición de entrada que acompaña a la devolución acordada en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 LOEX debe ser calificada, en el peor de los casos, como una sanción grave. Así se reconoció en la redacción original de la LO 4/2000; y además, la prohibición de entrada para las devoluciones tiene el límite máximo legal de 3 años, coincidiendo en ese límite máximo con el mínimo de la expulsión del artículo 58.1, que va de 3 a 10 años.

C) El párrafo 2º del mismo apartado 7 establece que *"La prescripción de la resolución de devolución no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución por la que ésta se determine o, en su caso, hasta que transcurra el período de prohibición de entrada que se haya reiniciado".*

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que estamos ante una previsión *extra legem*, dado que la Ley de Extranjería no contiene ninguna otra referencia que permita sostener este desarrollo reglamentario.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

La única referencia de este tenor en el texto legal la encontramos en el apartado 3 del artículo 56⁹, referida a la sanción de *expulsión*. Pero en este caso se impone una *devolución* con su prohibición de entrada; y es perfectamente conocida y pacífica la doctrina de que en Derecho Administrativo sancionador está vedada la aplicación de la analogía *in malam partem*, como el mismo artículo 129.4 de la Ley 30/92 establece.

D) La Disp. Adicional Decimocuarta *in fine* especifica que "*Se exceptúan las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución, las cuales no agotan la vía administrativa*".

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que la resolución de devolución debería agotar la vía administrativa, para garantizar el acceso a los Tribunales y no vulnerar la tutela judicial efectiva. Se posibilitaría la solicitud de medidas cautelares.

Especialmente en los casos en que se pretende entrar ilegalmente en territorio nacional, esta medida garantizaría la detección y protección de personas especialmente vulnerables por estar sometidas a Trata de Seres Humanos, ser menores, etc.

XI.- AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL POR RAZONES DE ARRAIGO

El arraigo familiar está regulado en el artículo 122.3 del Reglamento.

I.- La letra a) contiene uno de los supuestos en que existiría dicho arraigo, a saber: "*a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el menor esté a cargo de y conviva con el progenitor que solicite la autorización*".

A este respecto, CONSIDERAMOS:

Que el requisito de convivencia resulta inapropiado y no se ajusta a la realidad social en la que son frecuentes las situaciones en las que los progenitores, pese a no convivir con el menor, cumplen con los deberes propios de la patria potestad.

La necesidad de documentar a los ascendientes de españoles ha sido reconocida por numerosas sentencias de la Audiencia Nacional en las que, entre otros extremos, se ha teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que los padres de españoles no puedan ser expulsados. En esencia, la excepcionalidad que justifica el acceso a una situación de regularidad administrativa en nuestro país no es otra que el vínculo familiar. Y por lo tanto, para acceder a dicha autorización, debe ser suficiente la acreditación del vínculo familiar.

⁹ Art. 56.3: "*Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años*".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

En el mismo sentido, la Recomendación del Defensor del Pueblo de fecha 10.09.2007 (nº de Expediente 07016036) considera como circunstancia excepcional *per se*, merecedora por tanto de obtener Autorización de Residencia, la situación de los extranjeros en situación irregular que tienen hijos menores de edad con nacionalidad española.

Finalmente, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de fecha 8 de marzo de 2011 (asunto Ruíz Zambrano) declara lo siguiente:

"El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión".

El arraigo social está regulado igualmente en el artículo 122 del Reglamento.

I.- El apartado 2, letra c), establece entre los requisitos para el arraigo el contar con un Informe de Integración expedido bien por la Comunidad Autónoma, bien por la Corporación Local.

A este respecto, CONSIDERAMOS:

Que la expresa mención a la inacción de la Administración ("En caso de inacción de las Administraciones anteriores") resulta inapropiada. Un texto normativo no debería dar por hecho que las Administraciones competentes van a dejar de actuar con eficacia (art. 3.1 de la Ley 30/92)

II.- El apartado 4 de dicho artículo contiene la previsión de que *"Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración, y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrán revisar los requisitos exigibles de acuerdo con lo previsto en este precepto para la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo social".*

A este respecto, CONSIDERAMOS:

Que la revisión de un precepto tan importante no debería realizarse por Orden Ministerial, sino por Real Decreto, con las garantías añadidas de requerir además informes preceptivos del Consejo de Estado o del Foro para la Integración social de los Inmigrantes. Es una vulneración al principio de jerarquía normativa, contrario al artículo 9.3 de la CE.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

XII.- AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL POR RAZONES HUMANITARIAS

I.- ARTÍCULO 124

Este artículo contempla expresamente supuestos en los que se podrá conceder una Autorización por Razones Humanitarias.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que resulta conveniente incluir además los siguientes supuestos: **víctimas de delitos contra las personas, integridad y salud, libertad, libertad deambulatoria, libertad sexual, integridad moral, terrorismo, contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y contra las garantías constitucionales y contra la comunidad internacional.**

Lo anterior se fundamenta en que se trata de delitos igual de execrables a los ya recogidos en el Reglamento, en los que los extranjeros víctimas merecen la protección y ser documentados. Ya se ha hecho en casos de víctimas de terrorismo (11M).

XIII.- INFRACCIONES Y RÉGIMEN SANCIONADOR

El Reglamento regula en el Título XIV las Infracciones en materia de Extranjería, así como su Régimen Sancionador. Dentro de este apartado incluimos los siguientes comentarios:

I.- ARTÍCULO 220.

Artículo que desarrolla la manifestación de la voluntad de recurrir de la persona extranjera privada de libertad.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que resulta esencial incluir el supuesto de extranjeros internados en Centros Penitenciarios, en calidad de detenidos, presos o penados.

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Así como que la expresión reglamentaria “ante [...] el funcionario del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre” resulta demasiado ambigua. El extranjero internado en CIE se encuentra *bajo el control* de los funcionarios en servicio en dicho CIE. Por lo que es preciso afinar más, de forma que la manifestación de voluntad se realice ante el funcionario designado por el Director del CIE; el cual levantará el acta correspondiente.

II.- PROBLEMAS DE ACREDITACIÓN DE REPRESENTACIÓN CONSIDERAMOS:

Que convendría que el Reglamento contenga una previsión expresa que permita salvar los problemas de representación que se están dando ante los órganos jurisdiccionales, donde los letrados no pueden representar a los extranjeros que en ocasiones incluso están fuera del territorio nacional o privados de libertad y no pueden otorgar la representación *apud acta*. Podría añadirse un nuevo artículo del siguiente tenor:

La designación letrada por los Colegios de Abogados en los casos de reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, previa solicitud del interesado, supondrá un reconocimiento del derecho en todas las instancias administrativas y judiciales y servirá para acreditar la representación procesal en todas las actuaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa y constitucional.

Una redacción que no contradice la LO 4/2000, ya que el artículo 22.3 sólo exige solicitud de justicia gratuita. Distinto es el alcance que, vía reglamentaria, se otorgue a fin de evitar situaciones de indefensión, pues la manifestación del deseo de recurrir no exige de acreditar la representación.

III.- ARTÍCULO 221.4

Regula este apartado la tramitación de recursos administrativos y judiciales cuando la persona extranjera no se encuentra en España.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que resulta necesario especificar que la presentación de los recursos jurisdiccionales en dichas representaciones diplomáticas o consulares interrumpirá los plazos para su interposición. De no establecerse así, los órganos jurisdiccionales podrán considerar que el plazo de presentación será el de llegada al órgano jurisdiccional, no el de entrada en la misión diplomática, pudiendo quedar presentado el recurso fuera de plazo.

IV.- ARTÍCULO 229.2

El apartado 2 del artículo 229 establece que “*Salvo en el supuesto previsto por el párrafo final del artículo 224.2, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras*

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado, de conformidad con lo previsto en el artículo 225.1".

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que se trata de una previsión que contraviene lo establecido en el artículo 63.5 LOEX. Por un lado, siempre que se hayan presentado alegaciones, deberá concederse la posibilidad de volver a alegar cuando se dicte la propuesta de resolución; y por otro lado, la excepción que se menciona ("salvo en el supuesto previsto en el párrafo final del art. 224.2"), precisamente es el único supuesto en que no resulta necesario dictar propuesta de resolución, es decir, cuando no se presentaron las primeras alegaciones.

V.- ARTÍCULO 230.1

Este apartado contempla la realización de actuaciones complementarias.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que resulta necesario dar una mejor redacción a dicho apartado, en el sentido de que el plazo para la formulación de Alegaciones deberá concederse una vez realizadas las actuaciones complementarias, para que el interesado pueda defenderse.

Y, lógicamente, partiendo de la necesidad de notificar al interesado el acuerdo de realización de actuaciones complementarias.

VI.- ARTÍCULOS 230.5 y 233.2

Respecto de ambos apartados, CONSIDERAMOS:

Que resulta esencial incluir la necesidad de notificación al Letrado.

Ello resulta conforme con la exigencia legal contenida en el artículo 22.2 LOEX¹⁰. Se consigue así un doble efecto: por un lado, evitar una manifiesta indefensión jurídica, por cuanto el letrado sólo podría actuar *a posteriori*, una vez consumada la expulsión; y por otro, paliar la – en ocasiones – falta de relación y comunicación entre letrado/defendido.

VII.- ARTÍCULO 231, letra a)

Artículo que especifica determinadas circunstancias que dan lugar a la tramitación de expediente de expulsión por el procedimiento preferente. Entre ellas, el "riesgo de incomparecencia".

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que resulta necesario concretar lo que debe entenderse por dicho concepto jurídico indeterminado. En concreto, proponemos que equivalga a la carencia de domicilio conocido.

¹⁰ Art. 22.2 LOEX: "[...] derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español [...]".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

VIII.- ARTÍCULO 232.1

Regula la posibilidad de que el Acuerdo de Iniciación de expediente sea considerado como Propuesta de Resolución.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que el artículo 63.5 LOEX no permite considerar la iniciación del procedimiento como propuesta de resolución en el caso de se efectúen alegaciones. La no admisión por improcedencia o por resultar innecesarias está referida en el texto legal a las pruebas propuesta, tras la reforma sufrida por LO 2/2009.

Esto debe quedar bien claro en el Reglamento, resultando necesario adaptar su redacción a la vigente Ley de Extranjería.

IX.- ARTÍCULO 232.4, párrafo 1º

Respecto del primer párrafo de este apartado, CONSIDERAMOS:

Que, como establece *a sensu contrario* el artículo 63.5 LOEX, tanto si hay alegaciones, como si hay proposición de prueba, se admitan éstas o no, deberá darse nuevo plazo de alegaciones. Además, es una garantía para que las alegaciones se valoren y pueda alegarse contra esa valoración, ganando en ejercicio de derecho de defensa y audiencia. Por ello, la redacción de este apartado podría ser la siguiente:

"4. Si el interesado o su representante formularan alegaciones, *el instructor las valorará y se le dará nuevo trámite de audiencia por un plazo de 48 horas para formular alegaciones y presentar los documentos que considere pertinentes.*

Si se realizara proposición de prueba dentro del plazo establecido, el instructor valorará la pertinencia o no de aquella".

X.- ARTÍCULO 232.5, párrafo 1º

Este apartado se refiere a la solicitud de internamiento de la persona extranjera.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que en aras de la seguridad jurídica, si no se ha solicitado el internamiento en el momento de la incoación del expediente, para solicitarlo posteriormente durante la tramitación del mismo, habrá de acreditarse que han cambiado las circunstancias.

Por ello, una posible redacción del primer párrafo del apartado sería la siguiente:

5. *En la incoación del expediente de expulsión o durante su tramitación, si han sobrevenido alguna de las circunstancias previstas en el artículo 62.1 de la ley 4/2000, el instructor, en tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un centro de internamiento de extranjeros. La solicitud de internamiento deberá ser motivada.*

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

XI.- ARTÍCULO 238.1

Este apartado desarrolla cómo actuará el instructor de un expediente de expulsión en el supuesto de que la persona extranjera sujeta a dicho expediente, acredite haber solicitado con anterioridad una Autorización de Residencia por Circunstancias Excepcionales.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que este apartado contraviene lo establecido en el artículo 63.6 LOEX¹¹. Dicho artículo legal prevé la suspensión de la expulsión hasta la resolución de la solicitud, no permitiéndose la continuación del expediente si aún no hay resolución de la solicitud, por mucho informe de autoridad competente que exista.

XII.- ARTÍCULO 239.1

Respecto de este apartado, CONSIDERAMOS:

Que debería modificarse la redacción para despejar definitivamente las dudas suscitadas sobre si la **expulsión por haber sido condenado** tiene o no naturaleza sancionadora. Dicha naturaleza sancionadora ha sido ya declarada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y hay que tener en cuenta que lleva aparejada igualmente prohibición de entrada y que se tramita por el procedimiento preferente.

La redacción podría ser la siguiente:

*"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Asimismo, constituirá **sanción** de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".*

XIII.- ARTÍCULO 242.2 párrafo 4º

Este párrafo se refiere a la posibilidad de revocación de la prohibición de entrada "si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión".

Al respecto, CONSIDERAMOS:

¹¹ Art. 63.6 LOEX: "En el supuesto de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 53 cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal conforme a lo dispuesto en el artículo 31.3 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión suspenderá la misma hasta la resolución de la solicitud, procediendo a la continuación del expediente en caso de denegación".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Que debe añadirse una expresa referencia a la revocación en expulsiones dictadas en procedimientos preferentes, cuando se produzca un abandono voluntario del territorio nacional. Dado que a la finalización del procedimiento, la ejecución no tiene porqué ser forzosa e inmediata, aún cuando la Ley lo permite.

El párrafo podría quedar redactado así:

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada en caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente, o revocará la prohibición de entrada impuesta si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión.

Asimismo la revocará si abandona voluntariamente el territorio nacional tras la notificación de la orden de expulsión dictada en un procedimiento preferente.

XIV.- ARTÍCULO 242.2 párrafo 6º b)

Para la no imposición o revocación de la prohibición de entrada, dispone el artículo 242 que la salida deberá ser comunicada.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que la letra b) del apartado 2 debe ampliarse y contener además una referencia expresa a los casos de expedientes tramitados por el procedimiento preferente, una vez se ha notificado la resolución a la persona.

XV.- ARTÍCULOS 243.5, párrafo 2º y 243.6

CONSIDERAMOS:

Que en el artículo 242.2 se regula esencialmente lo mismo, pero con mayor precisión jurídica.

Y la exigencia de ser nacional de un país respecto del que se exija visado para cruzar la frontera exterior (letra c] del apartado 5) no tiene justificación si el extranjero abandona voluntariamente el territorio nacional.

Por lo que dicho párrafo 2º y el apartado 6 deberían ser suprimidos.

XVI.- ARTÍCULO 255.1

El apartado 1 del artículo 255 establece que el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido o de la autoridad gubernativa que hubiera acordado dicha detención

Al respecto, CONSIDERAMOS:

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

Que se trata de una previsión *extra legem*, dado que el artículo 62.1, párrafo 1º LOEX¹² sólo otorga esta competencia al instructor del expediente y a nadie más. Estamos ante una intencionada adición indebida, que resulta claramente ilegal.

XIV.- MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

I.- ARTÍCULO 187.4

Este apartado se refiere al decreto del Ministerio Fiscal, por el que se fija la edad del presunto menor extranjero.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que resulta necesario introducir una referencia expresa en el sentido de que, si el decreto del Ministerio fiscal estableciese una horquilla superior a los 18 años en su límite mínimo, dicho decreto pueda ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Hoy en día no está prevista esa posibilidad de impugnar el decreto, pero como acto gubernativo que es y dada su trascendencia, debe contemplarse expresamente así para evitar indefensión.

II.- ARTÍCULO 195.2

El artículo 195 regula el acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado, no titular de Autorización de Residencia. Su apartado 2 establece que dicho menor extranjero deberá presentar personalmente la solicitud de Autorización de Residencia por Circunstancias Excepcionales.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que no procede establecer esta obligación de presentación personal, dado que estamos ante un menor de edad sobre el que la entidad de protección de menores sigue ostentando los deberes de tutela, custodia o guarda hasta la mayoría de edad. Y no hay que olvidar que hay normativa de ámbito autonómico (v. gr. La andaluza) según la cual la administración autonómica tiene obligación de proteger al joven como mínimo un año más.

Dicho apartado debería pues modificarse en el sentido de que la solicitud se presente por la propia entidad de protección de menores, o bien por el extranjero una vez ostenta la mayoría de edad.

¹² Art. 62.1 LOEX: "1. *Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador*".

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

XV.- INFORMES POLICIALES DESFAVORABLES

I.- ARTÍCULOS 69.1, letra e); 88.1 letra e); y DISP. ADICIONAL DECIMOSÉPTIMA

Como otro supuesto de denegación de Autorizaciones de Residencia y Trabajo por Cuenta Ajena Inicial o para Profesionales Altamente Cualificados, se establece el *"De así valorarlo el órgano competente para resolver, cuando conste un informe policial desfavorable"*.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que la denegación de una Autorización en base a un Informe Policial (desfavorable), contraviene el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

En la práctica se están dando numerosos casos y la indefensión de la persona extranjera resulta evidente, incluso con situaciones en las que los antecedentes policiales se utilizan pese a que la persona ha sido absuelta en procesos penales. La cancelación de los antecedentes policiales conlleva además farragosos trámites.

En todo caso, la persona sobre quien verse cualquiera de los informes emitidos, deberá tener el derecho de obtener copia del contenido íntegro de los mismos, independientemente del lugar donde se encuentre y su situación administrativa, a los efectos de ejercitar su derecho de acceso, rectificación, modificación o cancelación, garantizándose así su derecho de defensa contra posibles datos erróneos o presuntos sin confirmación judicial.

Numerosa jurisprudencia se ha pronunciado en contra de otorgar valor suficiente a un informe policial, no basado en la existencia de una condena penal, para denegar una autorización de trabajo. Como el TS insiste en sus resoluciones (v. gr. STS de 8 de enero de 2004): *"se aplica también a los extranjeros la garantía que supone el principio de presunción de inocencia"*.

Los apartados comentados son tan imprecisos que ni siquiera puede deducirse con claridad a qué se refiere el informe policial desfavorable (si al empresario –a cuyas sanciones y condenas penales se refieren los incisos anteriores-; o al extranjero – del que ya se señala en el art. 86.1.b) que debe carecer de antecedentes penales-; o a cualquier otra situación - por ejemplo al concreto origen nacional del extranjero o su filiación política o religiosa- que pudiera hacer concluir a la policía que la inconveniencia de otorgar su residencia en España.

Tras la valoración subjetiva de la policía, aún más subjetivamente puede valorar la conveniencia de tener en cuenta dicho informe la autoridad gubernativa.

La Directiva 2009/50/CE establece como criterio de admisión para los solicitantes de Tarjeta Azul en su Artículo 5.1 f): *"no estar considerado una amenaza para el orden público, la seguridad o la salud públicas"*. Lo cual tampoco es del todo preciso, si bien la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular libremente y a residir en el territorio de los Estados miembros establece en lo referido a las limitaciones del derecho de entrada y estancia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública lo siguiente: *"Todo ciudadano de la Unión o miembro de su familia podrá ser expulsado del territorio del Estado miembro de acogida por razones*

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

de orden público, seguridad o salud pública. En ningún caso podrá tal decisión fundamentarse en razones económicas. Toda medida relativa a la libertad de circulación y residencia deberá basarse en la conducta personal del interesado. No podrá justificar automáticamente tal medida la existencia de condenas penales’.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene manifestado de forma reiterada, en relación con la norma antes citada (por todas, STS 3ª, Sec. 5ª, de 24 de mayo de 2007 -rec. núm. 504/2004 -), que de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el concepto de orden público puede invocarse con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, porque sólo cuando tales condenas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro, situación que no es equiparable al defecto de integración social de una persona ni a su conflictividad indefinida. A tenor de esta doctrina jurisprudencial es claro, por tanto, que los conceptos “orden público, seguridad pública y salud pública” deben ser entendidos en el sentido de que exigen una apreciación específica realizada desde el punto de vista de los intereses inherentes a la salvaguardia del orden público que no coincide necesariamente con las apreciaciones que pueden haber motivado la existencia de una condena penal, no pudiendo ésta ser tomada en consideración más que en la medida en que los hechos que la motivaron pongan de manifiesto una conducta personal que constituya una amenaza actual para el orden público.

Entendemos pues que los apartados a que hacemos referencia probablemente den lugar a problemas interpretativos y la interposición de recursos tanto en el ámbito interno como incluso en el de la UE. Estimamos que lo adecuado sería su supresión, adecuando a nuestro Derecho y jurisprudencia interna la distinción evidente entre la existencia de antecedentes penales y policiales.

XVI.- PASE DE LA SITUACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES A LA SITUACIÓN DE RESIDENCIA, RESIDENCIA Y TRABAJO O RESIDENCIA CON EXCEPTUACIÓN DE AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

I.- ARTÍCULO 199

La rúbrica de este artículo hace referencia expresa al paso de la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia. No obstante, el artículo NO desarrolla cómo hacer este cambio (sólo se refiere al cambio a Cuenta Ajena y Cuenta Propia).

Nuestra propuesta consiste esencialmente en dos puntualizaciones:

COMENTARIOS AL BORRADOR DE REGLAMENTO DE LA L.O. 4/2000

1ª) Que los requisitos de medios económicos no deben ser los mismos que los exigidos en el artículo 47.

2º) Que se prevea expresamente la posibilidad de permitir que los medios económicos procedan de algún familiar, en cuantía análoga a la exigida en reagrupación.

II.- ARTÍCULO 199.3, párrafo 2º

Dicho párrafo establece que cuando se da el paso desde circunstancias excepcionales, la vigencia de la autorización será de 2 años, *“sin perjuicio de que la autorización de residencia temporal y trabajo tendrá la consideración de inicial”*.

Al respecto, CONSIDERAMOS

Que la autorización debería tener la consideración de autorización renovada, dado que la persona extranjera ya ha consolidado un año al menos de residencia legal.

XVII.- DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMO TERCERA.

Disposición relativa a la facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del RD 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.

Al respecto, CONSIDERAMOS:

Que resulta necesaria su modificación para ajustar su redacción al Auto del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 13 de enero de 2011, por el que se rectifica la sentencia de 1 de junio de 2010 dictada en el recurso 114/2007 (BOE nº 54 de 4 de marzo):

Los mencionados términos citados en el Fundamento único son, asimismo del tenor literal siguiente:

El apartado 2.º k) del Fallo de la Sentencia quedará redactado en los siguientes términos:

«Disposición final tercera, apartado Uno (disposición adicional decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre). La expresión «parentesco hasta segundo grado» que se contiene en su párrafo primero, apartado a). Así como la palabra *otro* de la expresión *ciudadano de otro Estado miembro*, del mismo apartado.»