



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

INFORME DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CGAE SOBRE EL BORRADOR DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El pasado día 18 de febrero de 2010, en la sede del Consejo General de la Abogacía Española, se reunió la SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA del Consejo General de la Abogacía Española (PLENARIO), con la asistencia de los señores y señoras que seguidamente se relacionan:

Presidente:

D. Pascual Aguelo Navarro

Vocales:

D. Jose Ignacio RODRIGUEZ RODRIGUEZ y D^o Marcelo BELGRANO en representación de los Servicios de Extranjería del Ilustre Colegio de Madrid.

D^a Pepa GUTIERREZ en representación de los servicios de extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

D^a Mercedes RAMIREZ EGAÑA en representación de los servicios de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

D^a Isabel GOMEZ REYES en representación de los servicios de extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante.

D^a Ana MARIA URIA, en representación de los servicios de extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria

D^a Sonia MARTINEZ ALBIÑANA en representación de los servicios de extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Lérida.

D^o Luciano GARCIA ORTIZ en representación del I. Colegio de Abogados de Jerez.

D^a Bárbara LUNA MACIAS en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

D^o Antonio ZAPATA NAVARRO en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla.

D^a Margarita PALOS NADAL en representación de los servicios de extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares.

D^o Javier MONZON GARCIA en representación del I. Colegio de Abogados de Las Palmas.

D^a Suzana GARCIA STAEHLER en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Granada.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

D^o María Auxiliadora AURIOLÉS DURAN en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

D^a Rebeca LINO TATNELL en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia .

D^o Francisco SOLANS PUYUELO en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia .

D^o José María PEY GONZALEZ en representación del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya.

D^a. Eva OJEA PAZOS en representación de los Servicios de Extranjería de la Confederación de Abogados Jóvenes.

En el orden del día de la reunión figuraba analizar el contenido del Borrador del Reglamento de la Ley de Extranjería e informar acerca de las posibles propuestas a incorporar en dicho texto.

Después de haber examinado y debatido el contenido de la documentación aportada por los diversos miembros de la Subcomisión de Extranjería a los que, bajo la coordinación del Presidente de la Subcomisión, D. Pascual Aguelo, se encargó el estudio de los diversos títulos:

Título I y II: D. Marcelo Belgrano y Joan R. Puig, ICA Madrid y Figueres

Título III: D^a M^a Auxiliadora Auriolés, ICA Málaga

Título IV y V: D^a Margarita Palos, ICA Baleares

Título IV y VII a X: D^a Isabel Gómez y D^a Sonia Martínez, ICA Alicante y Lleida.

Título VI: D^a Bárbara Luna, ICA Sevilla.

Título XI: Menores extranjeros: Ana M^a Uría y Suzana García, ICA Cantabria y Granada.

Título XII y XIII: Pepa Gutiérrez, ICA Barcelona.

Título XIV: Paco Soláns, ICA Valencia.

Título XV: Lourdes Etxeberria, ICA Pamplona.

Disposiciones Adicionales: José M^a Pey y Elia Soteras, ICA Vizcaya y Barcelona.

Esta Subcomisión de Extranjería traslada a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del Consejo General de la Abogacía Española el Informe y conclusiones alcanzadas en la reunión del día 18 de febrero



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

I. LÍNEAS Y OBJETIVOS GENERALES DEL BORRADOR

En primer lugar, al analizar el contenido del Borrador de nuevo Reglamento Ejecutivo de la Ley de Extranjería no se puede olvidar el papel subordinado a la Ley que trata de desarrollar. El reglamento no puede ir más allá de la ley sin trastornar con ello las bases constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, de ahí la exigencia para su aprobación del dictamen previo del Consejo de Estado. Todos los Reglamentos ejecutivos, y éste lo es, deben ser informados previamente por el Consejo de Estado.

Así pues, teniendo en cuenta las circunstancias inherentes al cambio del ciclo migratorio impuesto por la presente coyuntura socio económica el Reglamento deberá ser un instrumento esencial capaz de acomodar, dentro del mandado legal, las previsiones normativas a la nueva realidad migratoria que se pretende regular.

Cuales son las líneas principales que debieran ser trazadas en la reforma del reglamento, a nuestro juicio debieran ser las siguientes:

1. Fomentar la integración y la igualdad de derechos y deberes

No cabe integración real sin igualdad de derechos y deberes de todas las personas, población inmigrante y autóctona, que conviven en un mismo territorio.

En este sentido, el reglamento debiera confirmar la apuesta gubernamental, contenida en el Plan Interestatal de ciudadanía, por la convivencia, basada en los principios de igualdad, ciudadanía y multiculturalidad, que debe promover la integración y la gestión de la diversidad cultural, siguiendo en la lógica de la igualdad de derechos y deberes entre población inmigrante y autóctona.

2. Consolidar un modelo basado en la regularidad

Deberá promoverse los flujos migratorios ordenados, evitando al mismo tiempo las frecuentes situaciones de irregularidad sobrevenida como consecuencia de instrumentos administrativos inadecuados o poco razonables. Normalmente esa regularidad pasa por su relación con el mercado de trabajo, aunque no siempre. El reglamento debe garantizar un funcionamiento y gestión correcto de los procedimientos de las autorizaciones de residencia y trabajo.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

3. Fortalecer la colaboración con las administraciones locales y regionales

Se debe reconocer el potencial de las CCAA en las cuestiones relacionadas con integración; y reconocer el papel de los entes locales en ámbitos como el arraigo, la reagrupación familiar y la renovación de las autorizaciones de residencia, tal y como prevé la Ley. Por ello, se deben mejorar los mecanismos de colaboración estables y operativos; y fortalecer los ya existentes. En este sentido, la Conferencia Sectorial debe convertirse en el escenario clave que propicie el intercambio de información y el diálogo.

4. La inclusión de mecanismos para fomentar y garantizar la movilidad

Se ha de avanzar en procedimientos que permitan a la gente que así lo desea buscar oportunidades fuera de nuestro país, sabiendo que en cuanto quiera volver aquí, su contador de derechos no estará a cero. Igualmente, se deben fortalecer mecanismos que den impulso a las políticas de retorno voluntario para adaptarlas a las nuevas necesidades de la realidad migratoria y para dar respuesta a las aspiraciones individuales y colectivas de los inmigrantes. El retorno productivo (desarrollado mediante planes de movilidad laboral) constituye una opción más que debe facilitarse, promoviendo su eficacia en línea con las orientaciones de la Unión Europea.

Estas iniciativas deben tener una vocación de permanencia, porque representan una ampliación de las posibilidades de los inmigrantes en sus proyectos personales y también abren cauces para garantizar una movilidad ordenada de los trabajadores inmigrantes que sea provechosa para el país de acogida y el de origen. El objetivo debe ser coordinar las políticas de retorno con programas e iniciativas que faciliten la inserción de los retornados y favorezcan al tiempo el desarrollo económico de estos países.

5. La simplificación de trámites burocráticos

El reglamento debe pretender normalizar la gestión de la extranjería, facilitando que los trámites y procedimientos de residencia y trabajo sean lo menos engorrosos posible. El reglamento debe simplificar la normativa y dotarla de mayores dosis de claridad y seguridad jurídica; estructurar los procedimientos, garantizando la coherencia de las actuaciones de las diversas Administraciones e integrar plenamente las nuevas tecnologías en los procedimientos. Especial atención se debe prestar a la mejora al acceso por la vía de la reagrupación familiar, para convertirla en una vía privilegiada ante otras excepcionales como el arraigo social.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

II. ÍNDICE:

Título I. RÉGIMEN DE ENTRADA Y SALIDA DE TERRITORIO ESPAÑOL (art. 1 a 24)

- Capítulo I. Puestos de entrada y salida (art. 1 a 3)
- Capítulo II. Entrada: requisitos y prohibiciones (art. 4 a 18)
- Capítulo III. Salidas: requisitos y prohibiciones (art. 19 a 22)
- Capítulo IV. Devolución y salidas obligatorias (art. 23 a 24)

Título II. TRÁNSITO AEROPORTUARIO (art. 25 a 27)

Título III. LA ESTANCIA EN ESPAÑA (art. 28 a 44)

- Capítulo I. Estancia de corta duración (art. 28 a 36)
- Capítulo II. Estancia por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 36 a 44)

Título IV. RESIDENCIA TEMPORAL (art. 45 a 120)

- Capítulo I. Residencia temporal no lucrativa (art. 46 a 51)
- Capítulo II. Residencia temporal por reagrupación familiar (art. 52 a 61)
- Capítulo III. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 62 a 72)
- Capítulo IV. Residencia temporal y trabajo para investigación (art. 73 a 83)
- Capítulo V. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE (art. 84 a 94)
- Capítulo VI. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (art. 84 a 94)
- Capítulo VII. Residencia temporal y trabajo por cuenta propia (art. 95 a 100)
- Capítulo VIII. Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (art. 101 a 107)
- Capítulo IX. Residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo (art. 107 a 117)
- Capítulo X. Residencia temporal del extranjero acogido a un programa de retorno voluntario (art. 118 a 120)



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Título V. RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES (art. 121 a 143)

Capítulo I. Residencia por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público (art. 121 a 128)

Capítulo II. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (art. 129 a 132)

Capítulo III. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas (art. 133 a 136)

Capítulo IV. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de la trata de seres humanos (art. 136 a 143)

Título VI. RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN (art. 144 a 158)

Capítulo I. Residencia de larga duración (art. 144 a 147)

Capítulo II. Residencia de larga duración-CE (art. 148 a 151)

Capítulo III. Movilidad del residente de larga duración-CE en otro Estado miembro (art. 152 a 154)

Capítulo IV. Recuperación de la titularidad de una residencia de larga duración (art. 155 a 158)

Título VII. EXTINCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA O DE RESIDENCIA Y TRABAJO (art. 159 a 163)

TÍTULO VIII. GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN (art. 164 a 174)

Título IX. PROCEDIMIENTO PARA AUTORIZAR LA ENTRADA, RESIDENCIA Y TRABAJO EN ESPAÑA, DE EXTRANJEROS EN CUYA ACTIVIDAD PROFESIONAL CONCURRAN RAZONES DE INTERÉS ECONÓMICO, SOCIAL O LABORAL, O RELATIVAS A LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN O DESARROLLO O DOCENTES, QUE REQUIERAN ALTA CUALIFICACIÓN, O DE ACTUACIONES ARTÍSTICAS DE ESPECIAL INTERÉS CULTURAL (art. 175 a 178)

Título X. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS (art. 179 a 181)



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Título XI. MENORES EXTRANJEROS (art. 182 a 195)

Capítulo I. Residencia del hijo de residente legal (art. 182 a 183)

Capítulo II. Desplazamiento temporal de menores extranjeros (art. 184 a 185)

Capítulo III. Menores extranjeros no acompañados (art. 186 a 195)

Título XII. MODIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA (art. 196 a 201)

Título XIII. DOCUMENTACIÓN DE LOS EXTRANJEROS (art. 202 a 212)

Capítulo I. Derechos y deberes relativos a la documentación (art. 202 a 203)

Capítulo II. Acreditación de la situación de los extranjeros en España (art. 204 a 207)

Capítulo III. Indocumentados (art. 208 a 209)

Capítulo IV. Registro Central de Extranjeros (art. 210 a 211)

Capítulo V. Registro de menores extranjeros no acompañados (art. 212)

Título XIV. INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR. (art. 213 a 256)

Capítulo I. Normas comunes del procedimiento sancionador (art. 213 a 222)

Capítulo II. Modalidades de tramitación del procedimiento sancionador (art. 223 a 238)

Capítulo III. Aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa (art. 239 a 249)

Capítulo IV. Infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral (art. 250 a 251)

Capítulo V. Infracciones, sanciones y obligación de su comunicación interorgánica (art. 252 a 254)

Capítulo VI. Centros de Internamiento de Extranjeros (art. 255 a 256)

Título XV. OFICINAS DE EXTRANJERÍA Y CENTROS DE MIGRACIONES (art. 257 a 264)

Capítulo I. Las Oficinas de Extranjería (art. 257 a 261)

Capítulo II. Los Centros de migraciones (art. 262 a 264)



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera. Atribución de competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones

Disposición adicional segunda. Normativa aplicable a los procedimientos

Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes

Disposición adicional cuarta. Dirección Electrónica de Extranjería de los interesados en los procedimientos.

Disposición adicional quinta. El Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería.

Disposición adicional sexta. Aplicación informática para la tramitación de procedimientos.

Disposición adicional sexta. Aplicación informática para la tramitación de procedimientos.

Disposición adicional séptima. Gestión informática en los procedimientos con intervención de las comunidades autónomas.

Disposición adicional octava. Legitimación y representación

Disposición adicional novena. Normas comunes para la resolución de visados

Disposición adicional décima. Procedimiento en materia de visados

Disposición adicional undécima. Exigencia, normativa y convenios en materia sanitaria

Disposición adicional duodécima. Plazos de resolución de los procedimientos

Disposición adicional decimotercera. Silencio administrativo

Disposición adicional decimocuarta. Recursos

Disposición adicional decimoquinta. Cobertura de puestos de confianza.

Disposición adicional decimosexta. Cotización por la contingencia de desempleo

Disposición adicional decimoséptima. Informes policiales.

Disposición adicional décimo octava. Tasas por tramitación de procedimientos.

Disposición adicional decimonovena. Entidades acreditadas para impartir formación a reconocer en los informes sobre esfuerzo de integración.

Disposición adicional vigésima. Desconcentración de la competencia de cierre de puestos habilitados.

Disposición adicional vigésimo primera. Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de protección internacional.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Disposición adicional vigésimo segunda. Representantes de las organizaciones empresariales en el extranjero

Disposición adicional vigésimo tercera. Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del 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.

III. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES PROPUESTAS Y NOVEDADES DEL BORRADOR

Para una mejor comprensión del informe, a continuación se especifican las propuestas y novedades del borrador de Reglamento de manera sistemática, sin perjuicio de las llamadas que en determinadas cuestiones se establecen con carácter transversal en todo el borrador.

Título I. Régimen de entrada y salida de territorio español

- **Registro de la entrada y salida en el territorio español.**: De acuerdo con el contenido de la LOEX (art. 25.5) Se establece la **posibilidad** de registrar las entradas y salidas de los extranjeros del territorio nacional (arts. 14 y 21).
- **Autorización de regreso.** Se regula con mayor detalle la autorización de regreso, reglamentando criterios que ya venían dándose en la práctica (p.e. en los supuestos de pérdida, extravío o sustracción); así como su período de vigencia (art. 5).
- **Denegación de entrada.** Se concreta la naturaleza de la detención de un extranjero a efectos de proceder a su regreso en las instalaciones del puesto fronterizo, clarificando las condiciones y finalidad de aquélla; asimismo se señalan una serie de dotaciones que deberán tener las instalaciones. Aun siendo conscientes de que las instalaciones pertenecen a AENA (art. 15).



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- **Devoluciones y salidas obligatorias.** Se incorpora un nuevo Capítulo IV, relativo a las devoluciones y salidas obligatorias (antiguo Título XII del Reglamento actual), reconociendo el carácter sancionador de las primeras, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y aplicando por consiguiente el pertinente criterio de prescripción (art. 23.7). Se contempla la posible revocación de resoluciones de devolución no ejecutadas en el marco de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales (art. 23.8).

Título II. Tránsito aeroportuario

- Se incorporan las modificaciones fruto de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y en particular del Código Comunitario de Visados, aprobado por el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009.

Título III. Estancia en España

- **Visados de estancia de corta duración.** Se incorporan las reformas de los diferentes tipos de visado de corta duración derivadas del Código Comunitario de Visados, revisando el procedimiento y condiciones para la expedición de los visados, en particular la posibilidad excepcional de expedición de visados en fronteras exteriores (art. 29).
- **Capítulo II. Autorización de estancia por estudio, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.** Se incorpora un nuevo Capítulo II relativo a estancias por estudios, de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, como consecuencia de lo dispuesto en la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre, del Consejo.
- **Visado de estudios** (art. 38). Se concretan los requisitos para obtener el visado de estudios. Los requisitos a valorar por la Misión diplomática u Oficina consular y los que deberá valorar la Oficina de Extranjeros; y se da una nueva redacción más simplificada de las normas de procedimiento.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- **Prórroga de estancia por estudios.** Se amplía a 90 días posteriores a la caducidad el plazo para solicitar la prórroga de estancia por estudios (art. 40), evitándose así disfunciones (p.e., en la denegación de prórrogas al finalizar los estudios por coincidir este final con el de la estancia vigente).
- **Actividades por cuenta propia.** Se contempla expresamente la posibilidad de realizar actividades por cuenta propia y ciertas excepciones a las limitaciones geográficas impuestas por la realización de los estudios (art. 42.3) y se regula la movilidad dentro de la Unión Europea (art. 43).

Título IV. Residencia temporal

Este título presenta profundas novedades como consecuencia de la reforma de la propia Ley Orgánica 4/2000 como por la aplicación de determinadas Directivas comunitarias. Se realiza una clasificación más detallada de las posibles situaciones de residencia temporal:

Capítulo 1. Residencia temporal no lucrativa

- Art. 46 y 47. Se fijan con precisión los **requisitos y medios económicos** a acreditar por el extranjero, aplicando diferentes tramos de porcentajes sobre el IPREM, actualizado anualmente por el Ministerio de Economía y Hacienda. 400% del IPREM para el titular; más 100% por cada familiar.
- El **procedimiento** sufre una profunda revisión homogeneizadora de los documentos a acompañar clarificadora de las competencias revisoras de la Delegación o Subdelegación del Gobierno y de las misiones diplomáticas u oficinas consulares (art. 48).
- Se regulan posibles visados y autorizaciones de residencia de carácter extraordinario. (art. 50).
- Se contempla el **esfuerzo de integración** como elemento a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. Deberá constar en Informe de la Administración autonómica competente. Se regula el contenido mínimo que deberán tener los informes (art. 51.4)



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Capítulo 2. Residencia temporal por reagrupación familiar

- Art. 53. Se incluye la **pareja de hecho** como supuesto que da lugar a la reagrupación familiar, como ordena la Ley Orgánica. Su acreditación podrá realizarse tanto a través de Registros públicos como a través de otros medios de prueba, preferentemente de carácter público;
- Art. 53 e): Se concretan las **razones de carácter humanitario** que motivarán que el ascendiente menor de 65 años pueda acceder a la reagrupación familiar: que forme parte de la familia ya constituida en origen; que no sea objetivamente capaz de proveerse por sí mismo; que esté declarado incapaz y la tutela esté atribuida al reagrupante; que su presencia sea imprescindible para la conciliación de la vida personal y laboral del reagrupante; que sea cónyuge de otro ascendiente mayor de 65 años que vaya a ser reagrupado;
- Art. 54: Se especifican objetivamente los **medios económicos a acreditar** para considerarse suficientes a efectos de la reagrupación con base en el IPREM; (2 miembros: 175% IPREM); si más de 2 personas se añadirá un 50% IPREM, sobre la bases de 225% para tres miembros. Expresamente se refiere a la acreditación de la **posibilidad efectiva de disposición** de los medios económicos tomando en consideración la perspectiva de mantenimiento de una fuente de ingresos en el año inmediatamente posterior a la presentación de la solicitud de autorización. La cuantía podrá ser minorada excepcionalmente cuando el reagrupable sea menor de edad. Y se contempla la posibilidad de contabilizar los ingresos de familiares en línea directa en primer grado, residentes en España y que convivan con el reagrupante.
- Art. 55: Se garantiza la **prevalencia de los informes de la Comunidad Autónoma** a efectos de adecuación de la vivienda. Se establecen los supuestos en los que cabrá el informe del Ayuntamiento con carácter subsidiario, e incluso la acreditación directa por el interesado en caso de inacción de ambas Administraciones Públicas.
- Art. 56. Como en el caso de todos los procedimientos se somete a una profunda revisión, también en el caso del **procedimiento de renovación** de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar (art. 60).



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- Art. 59. Se regula con mayor detalle la **residencia de los familiares reagrupados, independiente del reagrupante**, contemplando la posibilidad de contar con uno o varios contratos de trabajo de duración mínima. Asimismo se explicita que la autorización independiente tendrá la duración que corresponda, en función del tiempo previo de vigencia de la situación de residencia por reagrupación familiar. En todo caso, la autorización independiente tendrá una vigencia mínima de un año.

Capítulo 3. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

- **El visado.** La autorización se condiciona a la obtención del correspondiente visado; entrada en España y ser dado de alta en seguridad social dentro del plazo de vigencia del visado (art. 63).
- **Eficacia condicionada de la autorización.** La autorización, por tanto, no tendrá eficacia si no se produce el alta del trabajador en Seguridad Social durante los tres meses de vigencia del visado (artículo 25bis.d) LO). Se establecen las condiciones en las que, en caso de que el alta no se produzca por razones ajenas al trabajador extranjero, será admisible el alta por un empleador distinto al que solicitó la autorización. (art. 67.8).
- **Ámbito autonómico.** Se modifica el ámbito geográfico de limitación de la autorización inicial de trabajo, posibilitando, en aras de propiciar la movilidad, que en aquellas Comunidades Autónomas que tuvieran reconocidas competencias en la materia el ámbito geográfico pueda ser el autonómico (art. 63.5).
- Art. 64. **El contrato de trabajo.** Deberá aportarse un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. En el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual.
- Art. 65. Se configura un nuevo marco de determinación de **la situación nacional de empleo**, valorándose a escala autonómica en vez de a escala provincial;



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- Se establecen nuevas pautas en la elaboración del **Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura**, que trascienden igualmente a los certificados sobre insuficiencia de mano de obra disponible
- Art. 66. Se regulan los **medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador** para determinar si puede asumir las obligaciones del contrato. Se utiliza el IPREM como herramienta de carácter objetivo. En el caso de empleador, persona física, se parte de 100% del IPREM cuando se trata de una sola persona; 200% en el caso de unidades familiares con dos miembros y se incrementará en un 50% por cada miembro adicional. Los ingresos a contabilizar serán la suma de los que cuente cada una de las personas que integran la unidad familiar.
- Art. 69. Los **informes policiales desfavorables** deberán ser valorados por el órgano competente para resolver las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.
- Art. 70. Se objetivan los supuestos en que la misión diplomática u oficina consular podrá denegar la solicitud del visado.
- Art. 70.7. **El alta en seguridad social. Efectos.** En el plazo de tres meses desde la entrada del trabajador extranjero en territorio español, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos por la normativa sobre el régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación; el trabajador podrá comenzar su actividad laboral; y el empleador quedará obligado a comunicar el contenido del contrato de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo. El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
- 70.8 y 9. **La Tarjeta de Identidad de Extranjero.** En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en la Seguridad Social, éste deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero. 9. Si finalizada la vigencia de la autorización de estancia no existiera constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste quedará



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España.

- Art. 71. **Renovación. Criterios familiares.** Se contempla la posibilidad de renovar a pesar de no reunir los requisitos cuando el cónyuge o pareja de hecho cumpla con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador.
- Art. 71.4. **Renovación y antecedentes penales.** Se valorará: que el extranjero hubiera sido indultado o se halle en situación de remisión condicional o suspensión de la pena privativa de libertad. Que el extranjero haya incumplido sus obligaciones en materia tributaria y de seguridad social.
- Art. 71.4. También se valorará el **esfuerzo de integración** como elemento a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. Deberá constar en Informe de la Administración autonómica competente. Se regula el contenido mínimo que deberán tener los informes sobre el esfuerzo de integración.

Capítulo 4. Residencia temporal y trabajo para investigación

- Se regula un **procedimiento expreso** que garantiza un procedimiento ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, expresamente, la movilidad de los investigadores dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre.

Capítulo 5. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE

- Se regula un **procedimiento expreso** que garantiza un procedimiento ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, expresamente, la movilidad de los profesionales altamente cualificados dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo.

Capítulo 6. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada

- Se regula la figura del **trabajador transnacional de temporada** o campaña (desplazamientos dentro de una empresa o grupo de



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

empresa). Se aplica el beneficio para que la no consideración de la situación nacional de empleo (artículo 40.2.c) LO) se vincule a que se acredite la necesidad de que el trabajador conozca directa y fehacientemente la empresa.

Capítulo 7. Residencia temporal y trabajo por cuenta propia

- Se limita la autorización inicial a un ámbito autonómico y sectorial determinados, como ordena la propia Ley Orgánica. Se regula asimismo el **esfuerzo de integración** como elemento a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización (art. 107.4).

Capítulo 8. Residencia Temporal y trabajo transnacional

- Se revisan los **requisitos** para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales.

Capítulo 9. Residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo

- Se mantiene prácticamente la misma redacción.

Capítulo 10 Residencia temporal tras retorno voluntario

- Art. 119. **Procedimiento.** Se regula un procedimiento específico, preferente y privilegiado, para retorno a España una vez transcurrido el compromiso de no regreso. En el caso de no haberse establecido plazo de no regreso, las solicitudes de autorizaciones de residencia temporal o residencia temporal y trabajo solo podrán ser presentadas transcurridos tres años desde la fecha del retorno a su país de origen, Este plazo podrá ser modificado por Orden Ministerial del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Art. 120.4. **Conservación de la previa residencia.** Se conservará el tiempo previo de residencia en España a los efectos de renovaciones y obtención en su caso de la tarjeta de larga duración.
- Podrán acogerse al procedimiento tanto quienes retornen acogidos a un programa de retorno como aquellos otros que retornen voluntariamente al margen de programa alguno.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Título V. Residencia por circunstancias excepcionales

Capítulo 1. Arraigo

- Art. 122.1 El **arraigo laboral** exigirá la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años y la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.
- Art. 122.2 Se mantiene inalterada la configuración del **arraigo social** con carácter general, con algunas leves matizaciones. Las más importante son:
 - La posibilidad de presentación de trabajos a tiempo parcial simultáneos, siempre que la duración mínima sea de un año y la jornada no inferior a 30 horas en el cómputo global. En el sector agrario se permite la presentación de contratos concatenados, cada uno de ellos duración mínima de seis meses.
 - La posibilidad de revisar anualmente por Acuerdo del Consejo de Ministros los criterios que dan lugar al arraigo;
 - Se garantiza la prevalencia de la Comunidad Autónoma en la emisión del informe de arraigo social, aunque, como en el caso de la vivienda para reagrupación familiar, se prevé el carácter subsidiario del Ayuntamiento y la posibilidad de inacción de ambas Administraciones;
- Art. 122.3 Se contempla el **arraigo familiar**, al incluir como supuesto el de los progenitores extranjeros de hijos españoles, cuando el menor conviva y viva a cargo del solicitante de arraigo.
- Art. 124. **Razones humanitarias**. Se admite el carácter no sobrevenido de la enfermedad en los supuestos de menores, para garantizar la documentación de los menores desplazados a España en un programa temporal con fines médicos



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- Art. 128. **Prórroga.** Se mantienen las previsiones para la prórroga de las autorizaciones o solicitud de autorizaciones de residencia temporal y trabajo. En ambos casos la presentación de la solicitud prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

Capítulo 2. Víctimas de violencia de género

- Se incluye un nuevo Capítulo que contempla la residencia temporal y trabajo de mujeres víctimas de violencia de género.
- Se prevé la **no incoación de expediente sancionador** si éste no existiera previamente a la denuncia y su **suspensión** en caso de que así fuera.
- La protección conferida no sólo se agota en la mujer, sino que se extiende a sus **hijos**, en caso de que los hubiera. Esta protección conlleva la **autorización para trabajar** sin aplicación de la situación nacional de empleo;
- La **duración de las autorizaciones será de cinco años** (art. 132.1a), aunque se prevé la existencia de una **autorización provisional** de residencia temporal y trabajo desde la presentación de la solicitud de autorización siempre que exista una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de delito (art. 131).
- Se podrá conceder cuando exista sentencia condenatoria o de la que pueda deducirse que la mujer ha sido víctima de violencia de género.
- Se regulan asimismo las consecuencias de terminación del proceso sin sentencia condenatoria o de la que no pueda deducirse que la mujer ha sido víctima de violencia de género (art. 132.2).

Capítulo 3 Colaboración contra redes organizadas.

- Se regula detalladamente la situación del extranjero que encontrándose en situación irregular sea **víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad** colabore con las autoridades españolas en la persecución del delito.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- La posibilidad de obtener una **autorización de residencia temporal** y trabajo o el **retorno asistido** al país de procedencia.
- Se contempla expresamente la situación de los extranjeros menores de edad.

Capítulo 4 Víctimas de trata de seres humanos

- Se regula con bastante detalle tanto la identificación de la víctima como el período de reflexión, la exención de responsabilidad y la autorización, provisional y definitiva, de residencia y trabajo y el posible retorno asistido.

Título VI Residencia de larga duración y larga duración-UE

- Se distingue entre residencia de larga duración y residencia de larga duración UE;
- Se regula ex novo la **Residencia de larga duración-UE** (arts. 148 a 158). Se facilita la **movilidad** del residente de larga duración UE en otro Estado miembro, previendo su concesión cuando se acrediten medios de vida propios, sean o no laborales. Igualmente, se prevé un procedimiento especial para la reagrupación familiar en estos supuestos-
- Se prevé la **recuperación** de la titularidad de una residencia de larga duración, española o UE, en los supuestos de regreso tras haber cumplido el período de retorno, mediante un procedimiento simplificado y con silencio administrativo de carácter positivo (Arts. 153 a 156).

Título VII. Extinción de las autorizaciones de trabajo y residencia

- Se regula la extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo para investigación (art. 160), de profesionales altamente cualificados (art. 161), de víctimas de trata de seres humanos (art. 162) y de la residencia de larga duración (art. 163).



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Título VIII. Gestión colectiva de contrataciones en origen

- Se mantiene la posibilidad de regular un número de **visados para búsqueda de empleo** dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como un número de visados para la búsqueda de empleo limitados a determinadas ocupaciones en un ámbito territorial concreto (art. 166.2 y 170 a 174)
- Se detalla el procedimiento de tramitación de los **visados** de residencia y trabajo (art. 169). Los visados tendrán una **vigencia máxima de seis meses**, y habilitarán para la entrada en España (169.4).
- Se regula la adaptación de la situación de residencia temporal y trabajo condicionada al efectivo **alta** del trabajador en Seguridad Social (art. 170.1);
- Se regula la excepción de la obligación de obtener Tarjeta de Identidad de Extranjeros en caso de autorizaciones de residencia temporal y trabajo de temporada (art. 171);
- Se regula la previsión de la aprobación de las cifras y procedimientos relacionados con la gestión colectiva de de contrataciones en origen por Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Título IX. Autorizaciones de residencia y trabajo de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actividades artísticas de especial interés cultural

- Se fija la plantilla de trabajadores, inversión, volumen de fondos propios u otros, exigibles para que una determinada empresa se considere incluida en el ámbito de aplicación del título.
- Se prevé una mayor tipología de autorizaciones a las que podrán resultar de aplicación las previsiones específicas del título (cabe reseñar la previsión de que se podrán tramitar procedimientos sobre residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados o para investigación);



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- Se prevé que las pequeñas y medianas empresas puedan verse beneficiadas de las previsiones establecidas en este título en caso de que pertenezcan a sectores estratégicos (tecnología de la información y las comunicaciones, energías renovables, medioambiente, agua y tratamiento de aguas, ciencias de salud, biofarmia y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial);
- Se realiza una regulación más detallada de los casos que, por entenderse asimilados a los expresamente previstos, podrán entenderse incluidos dentro del ámbito de aplicación del título.
- Asimismo se regulan con mayor precisión las particularidades del procedimiento y documentación necesaria (art. 177) y la posibilidad de tramitarse una autorización de residencia temporal sin autorización de trabajo para los familiares de los trabajadores

Título X. Trabajadores transfronterizos

- Se determina que el ámbito geográfico de limitación de la autorización será el correspondiente a la Comunidad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador extranjero.
- Se detallan los requisitos que deberán cumplirse para la obtención de la autorización de trabajo y sus efectos (arts. 180 y 181).

Título XI. Menores extranjeros

- El título aborda la situación de los **menores hijos de residentes legales** (Cap. I. arts. 182 y 183). En el supuesto de menores no nacidos en España podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar
- El Capítulo 2 contempla el **desplazamiento temporal de menores extranjeros**.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

· Capítulo 3. **Menores extranjeros no acompañados**: Se establece un régimen jurídico integral (Cap. III, arts. 186 a 195), que comprende:

- Una **mejor definición de menor no acompañado** y los aspectos relativos al **procedimiento de determinación de la edad bajo la dirección del Ministerio Fiscal** (art 187).
- Se regula el **procedimiento de repatriación** en interés del menor completo (y que abarca las actuaciones previas de petición de informe al país de origen; el inicio del procedimiento, la determinación de un período de prueba; trámite de audiencia y resolución del procedimiento y ejecución de la repatriación).
- **Intervención del representante del menor**. Comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento, si el menor ha alcanzado la edad de **dieciséis años**, podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe. cuando el **menor de dieciséis años con juicio suficiente** hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, **se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente** (art.190.1).
- En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar el **reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita** para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa (art. 191.2)
- Se regula la figura de la **autorización de residencia del menor no acompañado**; esta deberá ser otorgada una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores (art. 193).



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- **Acceso a la mayoría de edad.** La forma de documentación del menor, una vez cumple los 18 años, en función de si ha llegado a ser titular de una autorización de residencia durante su minoría de edad y los requisitos para acceder a la misma (art.194 y 195);
- Se incluye una nueva regulación del **Registro de Menores Extranjeros No Acompañados**, que será coordinado por el Ministerio Fiscal, y que incluirá datos fisonómicos y biométricos del menor y los traslados entre Comunidades Autónomas (art. 212).

Título XII. Modificación de las situaciones de los extranjeros en España

- Se amplía el acceso de los titulares de una **autorización de estancia por estudios** a una **autorización de residencia por cuenta propia**, a residencia con excepción de autorización de trabajo, a residencia y trabajo de investigadores y a residencia y trabajo altamente cualificado (art. 196);
- Se prevén dos supuestos de excepción directa del requisito de permanencia previa de tres años en casos vinculados a **profesiones sanitarias (art. 196.4)**.

Título XIII. Documentación de los extranjeros

- Se prevé la forma de entregar la Tarjeta de Identidad de Extranjero en los supuestos de **retorno voluntario**, permitiendo que se graben los retornos en el Registro Central de Extranjeros.
- Se incluye una nueva regulación del **Registro de Menores Extranjeros No Acompañados**, que será coordinado por el Ministerio Fiscal, y que incluirá datos fisonómicos y biométricos del menor y los traslados entre Comunidades Autónomas (art. 212).



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Título XIV Infracciones en materia de extranjería y régimen sancionador

- **Manifestación de la voluntad de recurrir** A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero que se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el instructor del expediente o el funcionario del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente (art. 220).
- Se realizan recordatorios expresos de que la determinación de la sanción debe realizarse en atención a **criterios** de proporcionalidad y teniendo en consideración el grado de culpabilidad del infractor y el daño o riesgo generado con la comisión de la infracción (art. 219.3; 228);
- En los **procedimientos ordinarios** en los que pueda proponerse la sanción de expulsión de territorio español, el extranjero tendrá derecho a la **asistencia letrada** que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos (art. 224.3).
- Se recuerdan los **casos en que el procedimiento tendrá naturaleza preferente**, cuando la infracción sea la permanencia irregular en territorio español (riesgo de incomparecencia; que el extranjero evite o dificulte la expulsión; o que el extranjero sea considerado un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional);
- Se dedica una sección específica 4ª a los casos de **conurrencia de procedimientos**. Su contenido establece los criterios en los que procederá la **revocación de una orden de expulsión** en caso de que el extranjero presente una solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 238);
- En los supuestos en que se hubiera impuesto un periodo de cumplimiento voluntario de la sanción y éste hubiera sido inatendido por el extranjero, no se podrá acordar la **sustitución de la expulsión por la salida obligatoria** (art. 243.5)



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- Se prevé que el establecimiento de un **periodo de prohibición de entrada**, tras una expulsión, superior a cinco años requerirá informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras;
- Se elimina la regulación del **régimen de internamiento extranjeros**, por realizar la Ley Orgánica 2/2009 una remisión reglamentaria distinta a la general. No obstante dicha materia será regulada en un reglamento distinto, sí se mantiene el artículo sobre el proceso de toma de decisión del internamiento y las condiciones generales de éste.
- Las **cuantía de la sanciones** se acomodan al mandato legal determinado por la última reforma de la LO 2/2009.

Título XV. Oficinas de Extranjeros y Centros de Migraciones

- Se prevé expresamente que la Oficina de Extranjeros tendrá la **función de comprobar que se mantienen las condiciones** que motivaron la concesión de la autorización (Art. 259.9);
- **Dependencia orgánica y funcional.** Dada la actual **dependencia orgánica** de las Oficinas de Extranjeros de los Directores/Jefes de las Áreas/Dependencias de Trabajo e Inmigración, se establece que aquéllas también dependerán de éstos funcionalmente. Ello, dentro de la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno y sin perjuicio de su dependencia funcional de los Ministerios de Trabajo e Inmigración y del Interior (art. 261.1) ;
- Se concreta el informe de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración sobre el nombramiento o cese de los jefes de Oficinas de Extranjeros, para reforzar su capacidad de control sobre la cuestión, al preverse expresamente que habrá de contar con toda la documentación que se haya valorado para la propuesta de su nombramiento y la posibilidad de realizar una entrevista personal con el candidato (art. 261.5).



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera. Atribución de competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones.

Disposición adicional segunda. Normativa aplicable a los procedimientos.

Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes

- El contenido de este apartado se entenderá sin perjuicio de la obligación de la Administración General del Estado de poner a disposición del ciudadano la posibilidad de utilizar medios telemáticos para el inicio de los procedimientos.

Disposición adicional cuarta. Dirección Electrónica de Extranjería de los interesados en los procedimientos.

- De conformidad con lo previsto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería será obligatoria para todos los solicitantes personas jurídicas y voluntaria para las personas físicas, quienes habrán de señalar dicho medio como preferente o consentir su utilización

Disposición adicional quinta. El Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería.

- El funcionamiento, la gestión y la publicación en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería, se hará con pleno sometimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y conforme a los requisitos exigidos por la Ley 11/2007, de 22 de junio.

Disposición adicional sexta. Aplicación informática para la tramitación de procedimientos.

- Una vez implantada la Aplicación común de extranjería en cumplimiento de lo previsto en la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las referencias realizadas en este Reglamento a la grabación de actuaciones administrativas en la aplicación informática correspondiente se entenderán hechas a aquélla cuando el actuante sea un órgano de la Administración General del Estado competente en materia de extranjería.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Disposición adicional séptima. Gestión informática en los procedimientos con intervención de las comunidades autónomas.

- A los efectos de asegurar la necesaria coordinación de los órganos competentes de la Administración General del Estado con los de las comunidades autónomas, la gestión electrónica de los procedimientos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros, se realizará por dichas Administraciones mediante aplicaciones informáticas que respondan a formatos y estándares comunes, y que aseguren la interoperabilidad, la seguridad, la conservación y la normalización de la información y de los datos necesarios para el ejercicio de sus competencias

Disposición adicional octava. Legitimación y representación

- Concreta que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes iniciales relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo o a prórrogas de estancia.

Disposición adicional novena. Normas comunes para la resolución de visados

- Recuerda que en la resolución del visado se atenderá al interés del Estado y a la aplicación de los compromisos internacionales asumidos por el Reino de España en la materia. El visado se utilizará como instrumento orientado al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, en especial la política de inmigración, la política económica y la de seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España.

Disposición adicional décima. Procedimiento en materia de visados

- Se detallan las formalidades que debe reunir el trámite de comparecencia y entrevista personal.

Disposición adicional undécima. Exigencia, normativa y convenios en materia sanitaria

Disposición adicional duodécima. Plazos de resolución de los procedimientos.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- Se recuerda el Derecho europeo en materia de plazos para la tramitación de los visados de tránsito aeroportuario, visados uniformes o visados de validez territorial limitada.

Disposición adicional decimotercera. Silencio administrativo

Disposición adicional decimocuarta. Recursos

- Se incluyen como actos que ponen fin a la vía administrativa las prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y trabajo.

Disposición adicional decimoquinta. Cobertura de puestos de confianza.

Disposición adicional decimosexta. Cotización por la contingencia de desempleo

Disposición adicional decimoséptima. Informes policiales.

- Se recuerda expresamente que Los informes policiales en materia de seguridad y orden público a emitir en el marco de los procedimientos regulados en este Reglamento contendrán en todo caso el conjunto de la información obrante en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado adscritos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil o de las policías autonómicas en su caso.

Disposición adicional décimo octava. Tasas por tramitación de procedimientos.

- Los órganos competentes para la tramitación de los procedimientos regulados en este Reglamento, salvo los relativos a visados, realizarán, una vez admitida a trámite la correspondiente solicitud, las actuaciones tendentes a la comprobación de oficio de que se ha efectuado el abono de las tasas exigibles Disposición adicional decimonovena. Entidades acreditadas para impartir formación a reconocer en los informes sobre esfuerzo de integración.
- El periodo de pago voluntario para el abono de dichas tasas será, salvo en los procedimientos relativos a visados, de diez días hábiles, según los casos:
 - a. Desde el momento de admisión a trámite de la solicitud.
 - b. Desde el alta del trabajador extranjero en la Seguridad Social, en el caso de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, o de su renovación, a favor de trabajadores de servicio



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

doméstico de carácter parcial o discontinuo, o de renovaciones de dichas autorizaciones en ausencia de empleador.

Disposición adicional decimonovena. Entidades acreditadas para impartir formación a reconocer en los informes sobre esfuerzo de integración.

- La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de mecanismos de colaboración y cooperación relativos a las condiciones de solvencia técnica, material y financiera a acreditar por entidades públicas y privadas que desarrollen actuaciones de formación, en orden a su reconocimiento en informes sobre el esfuerzo de integración del extranjero a emitir por las Comunidades Autónomas y que podrán ser presentados en los procedimientos relativos a la renovación de autorizaciones de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo.

Disposición adicional vigésima. Desconcentración de la competencia de cierre de puestos habilitados.

Disposición adicional vigésimo primera. Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de protección internacional.

Disposición adicional vigésimo segunda. Representantes de las organizaciones empresariales en el extranjero

Disposición adicional vigésimo tercera. Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del 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.

Disposición adicional vigésimo cuarta. Identificación y protección de la víctima de trata de seres humanos.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

IV. CONSIDERACIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS A INCLUIR EN EL BORRADOR DEL NUEVO REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

IV.1 Resumen sucinto:

Pese a que el Informe abarca el análisis del conjunto de los preceptos reglamentarios, las propuestas esenciales del mismo se centrarán en aquellos aspectos que afectan a Derechos fundamentales y en particular al Derecho de defensa, asistencia letrada y justicia gratuita.

Asimismo, tiene un singular tratamiento las situaciones jurídicas derivadas de la irregularidad sobrevenida, el procedimiento de arraigo laboral y familiar como vías de acceso excepcional a la autorización de residencia y trabajo; la migración circular y retorno voluntario; renovación de las autorizaciones y residencias de larga duración, entre otros.

La regulación de las situaciones de colectivos vulnerables, como menores, mujeres víctimas de violencia de género, trata de personas y refugiados se examina con cierto detalle buscando la máxima protección de estos grupos de personas.

Las garantías jurídicas en los procedimientos sancionadores son analizadas especialmente tratando de dotarles de la máxima seguridad jurídica.

En resumen sucinto podemos destacar los siguientes temas y propuestas:

1. Justicia Gratuita. Revisión del texto del art. 15

Se trata de plasmar en el texto reglamentario fórmulas que permitan la constatación indubitada de la manifestación de voluntad de recurrir del extranjero evitando imponer una improcedente doble solicitud de justicia gratuita que resultaría discriminatoria para las personas extranjeras y contraria a las previsiones de la actual Ley de Justicia Gratuita.

2. Asistencia Letrada

El Reglamento deberá dejar clara constancia del Derecho de asistencia letrada en todas las fases de los procedimientos administrativos que conlleven privación de libertad u audiencia personal (particularmente en los procedimientos de denegación de entrada, devoluciones y procedimientos sancionadores preferentes u ordinarios). Asimismo en lo supuestos de repatriación de menores y trata de personas.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

En materia de menores no acompañados, se debe de garantizar en todo caso, la asistencia letrada independiente (así como la designación de un defensor judicial que bien puede ser también el abogado defensor, en evitación del problema de determinar quien sea su representante legal) desde el momento de su localización, a lo largo del proceso de determinación de la edad, del procedimiento de protección por desamparo, del procedimiento de repatriación y de documentación.

3. Denegación de entrada en fronteras exteriores e interiores

Parece preciso regular un procedimiento específico para el supuesto de denegación de entrada de menores, y menores no acompañados.

Igualmente se debe clarificar que la detención de los sujetos a retorno es competencia de la CNP. y que el Juez tiene libertad de decidir o no el internamiento en frontera, debiendo hacerse siempre con asistencia letrada.

Fronteras interiores, acuerdos de readmisión. El art. 13 del Reglamento apartado primero cuando habla de readmisiones sigue sin respetar el dictamen del Consejo de Estado realizado cuando se modificó y contraviene las sentencias firmes tanto del TSJ País Vasco y de los juzgados de Girona que exigen que debe dictarse igualmente resolución de denegación de entrada en los casos de readmisión.

4. Arraigo Laboral. Art. 122.1

Se proponen la introducción de ciertos mecanismos que hagan más útil el procedimiento del art. 122.1.

En particular, se señala la posibilidad de regular distintas formas no cerradas de probar la relación laboral. Haciendo hincapié en incluir a quienes trabajando desde la legalidad han llegado a irregularidad sobrevenida. En definitiva dejar claro que los dos años de residencia exigidos pueden no ser desde la irregularidad sino en parte de residencia laboral regular.

5. Arraigo familiar. Art. 122.3.

Se propone la supresión del requisito de convivencia, puesto que su mantenimiento impedirá la acreditación del requisito en caso de divorcio o fin de convivencia more-uxorio para el ascendiente, que pese a tener al menor a su cargo, no conviviere con el mismo. Proponiendo una nueva redacción del artículo que incluya el supuesto de continuar ostentando la patria potestad con obligación alimenticia y régimen de estancias y visitas.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

6. Residencias humanitarias

La documentación de los inmigrantes irregulares temporal o definitivamente inexpulsables, aún con un carácter provisional y precario, resulta necesaria abordarla desde la analogía de las residencias de carácter humanitarias-

7. Seguridad Jurídica. Art. 122.4

La posibilidad de dejar abierta la posibilidad de la variación de los requisitos reglamentarios mediante Orden Ministerial parece exceder la reserva reglamentaria establecida en el texto de la Ley de Extranjería. La posibilidad de modificar el Reglamento por la vía de las órdenes ministeriales, no parece en consonancia con el principio de legalidad y seguridad jurídica.

8. Trabajo penitenciario

Se propone la adición de una apartado para la autorización de trabajo de presos, dando cumplimiento al mandato de desarrollo reglamentario establecido en el artículo 36.1 LOEX, con la finalidad de no dejar el mismo a un posterior desarrollo mediante Orden Ministerial o mera Instrucción.

9. Retorno voluntario

El derecho a residir y a trabajar en España, entendemos que sólo puede verse restringido para aquel extranjero que haya optado por el retorno incentivado. De otra manera se estaría discriminando a aquel extranjero que haya retornado voluntariamente a su país por cualquier razón sin recibir compensación económica alguna. De ahí que se propongan diversos inventivos que hagan viable el aprovechamiento de este mecanismo de migración circular, hasta ahora prácticamente inutilizado.

10. Renovación de autorizaciones y Larga duración

La disposición de un nuevo contrato de trabajo y en situación de alta laboral sin otras condiciones añadidas debe dar lugar a la **renovación** de la autorización por mandato legal.

En el caso de existencia **antecedentes penales** en estos supuestos de residencias prolongadas se deberá valorar siempre el cumplimiento de la condena, la concesión de indultos o suspensión de la pena privativa de libertad. En el supuesto de solicitudes de larga duración, se ha de aplicar, en todo caso, la Directiva europea de residentes de Larga duración, que nos habla de que se valorarán como antecedentes penales solo los delitos graves (penas superiores a 5 años.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Debe regularse expresamente, que desde la autorización C/A 2ª renovación, el extranjero puede decidir entre renovar su tarjeta (a un CA3) o pasar al Larga duración. Y que en caso que sea a Larga duración, la mera presentación del mismo, debe habilitar provisionalmente, al igual que en el supuesto de renovación, a residir y trabajar hasta que el mismo sea definitivamente resuelto.

Debe incorporarse en forma clara en el reglamento el sentido positivo del silencio en las autorizaciones de residencia de Larga Duración.

11. Menores

Somos contrarios a penalizar a un menor hijo de residentes legales con dos años de residencia irregular. Entendemos que este periodo de carencia debe ser eliminado o al menos disminuido. La anormal actuación de los padres, por respeto del interés superior del menor, no debe repercutir en los derechos del mismo.

En el procedimiento de **Determinación de la edad de menores no acompañados** se entiende que su constatación deberá hacerse de conformidad con su documentación y en caso de duda, pese a que pueda iniciarse otros procedimientos adicionales en averiguación de la edad, prevalecerá la presunción iuris tantum de minoridad.

12. Violencia de género, agresión sexual

Debería regularse la protección y posible acceso a la autorización de residencia y trabajo en el supuesto de **víctimas de agresión sexual** de forma análoga a los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género.

13. Expulsión preferente

Se destaca la necesidad de objetivar el supuesto de hecho que da lugar a la elección del procedimiento preferente de expulsión: “el riesgo de incomparecencia”.

La Directiva de retorno (Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008) en su art. 3 define el “riesgo de fuga” (en la transcripción a nuestro derecho interno “riesgo de incomparecencia”) como “la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por Ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse”. De ahí que pudiera llegar a definirse al menos reglamentariamente. La Ley de Extranjería nos ofrece algunos criterios como **carecer de domicilio o de documentación identificativa**.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Por otra parte, se insiste en que el procedimiento preferente deberá quedar limitado a los supuestos más graves, no en los casos de la mera estancia irregular.

13. Internamientos

Reservamos nuestros comentarios a la espera de conocer el Reglamento de Centros de Internamientos, que deberá elaborar el Ministerio del Interior, pero se expresa la preocupación de la Subcomisión de Extranjería por la situación actual de los Centros y la necesidad de acelerar la aprobación de la necesaria reglamentación que contribuya a dotar de cierta seguridad jurídica a la situación de las personas privadas de libertad en los centros de internamiento.

IV.2 Examen de los preceptos del Borrador de Reglamento de Extranjería:

1. A LOS TÍTULOS I Y II

Artículo 15. Denegación de entrada.

1. (...)

c) La información al interesado de su derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento.. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

La información, que se proporcionará tan pronto se inicie el procedimiento administrativo, hará expresa mención a la necesidad de solicitar nuevamente el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

En la redacción definitiva del art. 22.3 de la LOEX, dada por la reforma LO 2/2009 se corrigieron anteriores redacciones en el sentido de hablar de una doble solicitud de Justicia Gratuita que podría haber resultado inconstitucional al introducir una actuación procesal discriminatoria para las personas extranjeras no prevista en la LAJG, quedando la necesidad de reflejarse



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

indubitadamente la constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente.

Por otra parte, solo el art. 15.1c) RELOEX , a diferencia de lo previsto en el art. 23.4 (devoluciones); 190 (repatriación menores), contempla esa doble solicitud de Justicia Gratuita. Téngase en cuenta la incocuidad de volver a plantear un nuevo expediente de Justicia Gratuita cuando ya está reconocida en un expediente anterior y próximo en el tiempo. Lo que el precepto legal (22.3) pretende es que la voluntad de interponer la acción quede indubitadamente reflejada. Por ello, se propone la siguiente redacción

La información, que se proporcionará tan pronto se inicie el procedimiento administrativo, hará expresa mención a la necesidad de ratificar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o de ejercitar la acción correspondiente contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa.

A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero que se hallase privado de libertad, podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o de ejercitar la acción correspondiente contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa, ante el instructor del expediente o el funcionario del Centro de Internamiento de Extranjeros o del puesto fronterizo bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente, pudiendo, en ese mismo momento, instar la solicitud de reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.

Art. 15.

3. El regreso se ejecutará de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado, se dirigirá al juez de instrucción para que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero hasta que llegue el momento del regreso, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, "en caso de así decidirlo mediante Auto motivado , previa audiencia al viajero y con la preceptiva asistencia letrada

Problema detectado: Que según la redacción actual es de obligado cumplimiento el internamiento por parte del Juez, no se prevé la asistencia letrada ni la audiencia al viajero, originando serias disfunciones, al solicitarse,



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

via fax, responderse por la misma vía, sin que sea escuchado el viajero y sin que el letrado que le asistiera tenga conocimiento de esta solicitud de internamiento, desnaturalizando la función jurisdiccional, estando comprometida la libertad del extranjero

Posible solución: Adicionar al apartado 3, la libertad de decidir por parte el Juez, reafirmando su función jurisdiccional, y reafirmando el derecho a ser oído el viajero y con las garantías fundamentales de defensa garantizando la presencia de letrado, teniendo en cuenta que sigue siendo la decisión de un internamiento, es decir de su falta de libertad. Añadir al apartado 3 lo siguiente: *"en caso de así decidirlo mediante Auto motivado , previa audiencia al viajero y con la preceptiva asistencia letrada"*

*5. Durante el tiempo en que el extranjero permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo o en el lugar en que se haya acordado su internamiento, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado, siempre que no concurra el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 54 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y sin perjuicio de la sanción que pueda llegar a imponerse. Igualmente, la compañía o transportista se hará cargo inmediatamente del extranjero al que se le haya denegado la entrada y serán a cuenta de ella todos los gastos que se deriven del transporte para su regreso al Estado a partir del cual haya sido transportado, al que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado el extranjero o a cualquier otro donde esté garantizada su admisión. Lo anterior será de aplicación sin perjuicio de que el regreso pueda ser realizado por la misma compañía o por otra empresa de transporte. **La custodia de los viajeros que se encuentran detenidos hasta su regreso se realizará exclusivamente por Funcionarios del CNP"***

Problema detectado: Que la norma, establece que "La Compañía se hará cargo inmediatamente del extranjero" lo que determina en la realidad que esa puesta a cargo, incluye la custodia por parte de personal de seguridad privada de las Compañías Aéreas de los viajeros cuando se encuentran en situación de detenidos en zona internacional habilitada aeroportuaria (Salas 3 y 4) , y funcionarios del CNP, solo custodian la puerta desde una garita, desde fuera

Posible solución, que se añada un apartado en el que se reafirme que: *" la custodia de los viajeros que se encuentran detenidos hasta su regreso se realizará exclusivamente por Funcionarios del CNP"*



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

6. La detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada a la embajada o consulado de su país. No obstante, en caso de que dicha comunicación no haya podido realizarse o la embajada o consulado del país de origen del extranjero no radique en España, la detención será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Problema detectado: No se hace mención ni tiene presente la realidad de los viajeros que llegan a Barajas, cuando los mismos son menores de edad y viajan acompañados con personas que no ostentan la patria potestad ni su guarda y custodia (parientes) o directamente viajan solos acompañados por personal de las líneas aéreas

Posible solución: Añadir un apartado al artículo 15 (que puede reenumerarse como 15.7 y el 15.7 se reenumera como 15.8, que haga mención a la tramitación del procedimiento de denegación de entrada cuando el viajero es menor y viaja sin acompañamiento de su representante legal o lo hace solo:

Posible redacción

Art 15.7.- Cuando el viajero es un extranjero que presuntamente sea un menor de edad y no viaje acompañado de un mayor que ostente la patria potestad ni guarda y custodia, antes de proceder a la denegación de entrada y de comenzar con el acuerdo de denegación de entrada, se tramitará el expediente conforme a lo establecido en el Capítulo III y con las garantías de estar ante un menor no acompañado, dando inmediata noticia a la Fiscalía de Menores y de los Servicios de protección correspondiente, sobre todo en lo referente a la entrevista que se realice por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía cuando el menor no venga acompañado por su representante legal, debiendo realizarse esta con todas las previsiones legales

En caso de no poder realizarse dicha entrevista, se pondrá inmediatamente al menor de edad a cargo de los Servicios de Protección competentes

2. AL TÍTULO IV Y V: REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

Solicitamos como cuestión inicial insistir en procurar que en todas las resoluciones denegatorias de la Administración General del Estado en materia de extranjería, se hará expresión del derecho de justicia gratuita que asiste al administrado.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Art. 122. 1. La relación laboral para la solicitud de arraigo laboral no será inferior a seis meses (el reglamento actual exige una relación laboral no inferior al año). El párrafo segundo del punto 1 indica la forma de probar la relación laboral, cabría preguntarnos si se trata de una enumeración cerrada o podría ser ampliada. En este aspecto debemos hacer hincapié a incluir en las circunstancias excepcionales un procedimiento para quienes trabajando desde la legalidad han venido a irregularidad sobrevenida. En definitiva dejar claro que estos dos años de residencia pueden no ser desde la irregularidad sino en parte de residencia regular.

Admisión de las parejas de hecho registradas como vínculo familiar.- Parejas de hecho no comunitarias. No entendemos bien esta cuestión puesto que no se puede registrar en España una pareja de hecho si uno de los dos cónyuges no es español y de ser así entraríamos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE .

Arraigo familiar 122.3. Se propone la siguiente redacción debiéndose de suprimir el requisito de la conveniencia, puesto que su mantenimiento sólo generará empadronamientos en fraude de ley e impedirá la acreditación del requisito en caso de divorcio o fin de convivencia more-uxorio. Se propone la siguiente redacción (recogiendo criterios de las sentencias de la audiencia nacional):

“Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el menor esté a cargo del solicitante y ostente la patria potestad sobre el mismo. Se entenderá que el menor está a cargo si mediando fin de convivencia more uxorio de los progenitores o sentencia judicial de divorcio, se ha suscrito un convenio regulador, aprobado judicialmente o protocolizado notarialmente, donde se fije la pensión alimenticia a abonar por el progenitor no custodio y un régimen de visitas a favor del mismo o en todo caso la custodia compartida del menor por ambos progenitores. El mismo permiso se otorgará al abuela o abuelo de un menor español en el supuesto de que hubiesen fallecido los progenitores del menor y este se encuentre a su cargo“

El punto 4 del art.122, deja abierta la posibilidad de la variación de los requisitos reglamentarios mediante Orden de MP y de Trabajo e Inmigración, previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. Dicha posibilidad no parece acorde al ordenamiento jurídico por cuanto se admite la posibilidad de modificar el Reglamento por la vía de las órdenes



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

ministeriales, no estando ello en consonancia con el principio de legalidad y seguridad jurídica.

Art. 123 en relación a 127 - autorización de residencia temporal por razones de protección internacional - lleva aparejada autorización de trabajo. Se insta a la Administración que para una mayor claridad cada figura lleve un apartado que estipule si se tiene o no derecho al trabajo y en que circunstancias así como el procedimiento administrativo de acceso al mismo.

Art. 124 Autorización de residencia temporal por razones humanitarias - no lleva aparejada autorización de trabajo según lo dispuesto en el art. 127. Se ha de pedir y tramitar una autorización de trabajo simultáneamente a la solicitud de autorización de residencia por razones humanitarias.

Para una mejor lectura del reglamento el 127 debería desglosarse incluyendo en cada figura la manera de solicitar autorización de trabajo.

PROCEDIMIENTO.- art. 126.

126.3.- En este punto preocupa la posibilidad de “**archivo del procedimiento**” sobre la base de documentos no “esenciales” para la resolución del procedimiento. Es un derecho de los ciudadanos conforme a lo previsto en el art. 351 - f de la Ley **Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico**

¹ **Artículo 35 LPA.** Derechos de los ciudadanos .Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: A) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos. B) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos. C) A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento. D) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico. E) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.F) **A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante** .G) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar. H) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la [Constitución](#) y en ésta u otras Leyes .I) A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones .J) A exigir las



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el “ no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”.

Nuestra experiencia profesional nos muestra diariamente lo proclive que es al “archivo” de los procedimientos la Administración y de los criterios casi paranoicos para determinar los mismos. Se requiere al administrado de un documento que no figura en la lista de los requeridos para el procedimiento, por ejemplo un certificado de cumplimiento de condena. El administrado en plazo y forma contesta, alegando que no puede acreditar dicho cumplimiento, porque está pagando la multa correspondiente, realizando trabajos en beneficio de la comunidad o el motivo que sea. La Administración hace caso omiso y archiva. Creemos que este es un criterio que puede dificultar el acceso a la Jurisdicción, pues no hace falta que expliquemos que con una resolución de archivo la sentencia que podemos obtener sería como máximo que se ordene a la Administración a tramitar el expediente administrativo.

Por tanto si bien la primera parte del punto 3 nos congratula porque consagra la Ley 30/1992, tantas veces excepcionada por las Oficinas de extranjeros en cuanto que se podrá requerir los documentos señalados en los artículos anteriores, por otra parte abre la posibilidad de solicitar “ otros documentos ” con apercibimiento de archivo. A nuestro entender debería quedar redactado del siguiente modo: “**El órgano competente requerirá, de no haberse aportado anteriormente, del solicitante que aporte los documentos señalados en los números anteriores de este artículo**”. Dicho lo cual consideramos que la falta del pasaporte o del contrato de trabajo pudiera implicar la inadmisión a trámite del procedimiento. Es decir consideramos que sería de mejor técnica jurídica señalar los documentos esenciales sin los cuales no se puede admitir a trámite el procedimiento que abrir la posibilidad a que la Administración solicite del interesado documentación no regulada en el reglamento. Además ello es absolutamente innecesario en relación con el contenido del punto 4. Puesto que si los requerimientos para “ justificar los motivos de la solicitud ” derivan de sospechas sobre la validez, la realidad etc, de las ofertas de contrato realizadas este asunto se dirime en la entrevista personal del punto 4.

responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente .K) Cualesquiera otros que les reconozcan la [Constitución](#) y las Leyes.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Punto 4 de dicho artículo.- Dicho artículo debe verse en relación con el art. 260 que se refiere a la "Organización funcional de las Oficinas de Extranjería" y del 261 referido al personal de las mismas. En el art. 261.4 se dice que las Oficinas de extranjería contarán con la adscripción de personal de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la realización de las funciones que esta tiene asignadas en materia de extranjería.

Siendo ello así la comparecencia del solicitante y la entrevista personal a la que se refiere el art. 126.4, y el " acta " que se levantará de la misma puede tener consecuencias para el administrado que vayan más allá del propio expediente administrativo. Se dice que estarán presentes en la entrevista (que desde ahora proponemos se denomine " AUDIENCIA DEL INTERESADO " más en consonancia con la Ley de Procedimiento administrativo), dos representantes de la Administración (uno de los cuales evidentemente por lo que decía anteriormente y por la propia composición de la Oficina bien pudiera ser un funcionario de Policía). **El contenido del párrafo segundo pensando en falsedad en documento público y privado, veracidad de la documentación en que se basa la solicitud que dicha audiencia finaliza en Acta, hace recomendable la presencia en dicha entrevista/audiencia de un representante legal del administrado y en el supuesto que no lo tuviere considero que en este acto debiera de nombrársele de Oficio, estando presente un Letrado del turno de Oficio de Extranjería en estas entrevistas debiendo firmar el Acta junto con el administrado y los dos representante de la Administración presentes.** El párrafo segundo de dicho punto cuatro señala como consecuencia la recomendación de la denegación de la autorización. Pero simplemente pensando en supuestos de falsedad documental no está de más pensar en que dicha de las actas pueden deducirse actuaciones penales no sólo contra el trabajador sino también contra el empresario. Del mismo modo consideramos necesario que a la entrevista /audiencia comparezca el empresario en el supuesto de que la Administración " dude " de la veracidad de la oferta contractual realizada y del mantenimiento por el empleador de la misma.

Nos parece adecuada la elevación de consultas a la Dirección General de Inmigración de forma y manera que estas cuestiones no queden al libre albedrío de las diferentes Oficinas de extranjeros.

Por tanto mi propuesta se centra en conseguir que se reforme el Proyecto proponiendo la siguiente redacción para el punto 4 del art. 122.-



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

“Asimismo el órgano competente podrá requerir la comparecencia² del solicitante y mantener con él una entrevista personal. Cuando se determine la celebración de la audiencia que deberá notificarse al administrado con indicación de los motivos por los que se le cita y advirtiéndole de que puede comparecer asistido por su representante legal”.

Art. 130.- Inicio del procedimiento relativo a la residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de violencia de género.

Considerar la inclusión de mujeres víctimas de agresión sexual.

Proposición de redacción del punto 1 con inclusión de la posibilidad de la asistencia jurídica de un Letrado del Turno de Oficio de extranjería para la presentación de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales en este supuesto:

**“1 La mujer extranjera que se encuentre en una de las situaciones descritas en el apartado anterior, podrá solicitar, ante la Oficina de Extranjería correspondiente, una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, por sí misma o a través de su representante desde el momento en que se haya dictado una orden de protección-
.....**

REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

Cuestión a debatir es cómo se valora la perspectiva de mantenimiento de fuente de ingresos.

² **Artículo 40.** Comparecencia de los ciudadanos.1. La comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley.2. En los casos en que proceda la comparecencia, la correspondiente citación hará constar expresamente el lugar, fecha, hora y objeto de la comparecencia, así como los efectos de no atenderla.3. Las Administraciones Públicas, a solicitud del interesado, le entregarán certificación haciendo constar la comparecencia



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Menores extranjeros en España, la principal novedad es que la situación económica de los padres puede no afectar a la situación del menor y la novedad de la referencia continuada al "interés superior del menor". Se prevé la aminoración de la exigencia de la cuantía global de ingresos económicos a acreditar por el solicitante cuando el familiar reagrupable sea menor de edad. Por tanto ello también es aplicable los menores del art. 183 - 1º del Proyecto de Reglamento.

Si bien es una buena noticia este ASUNTO de la MINORACIÓN DE LOS MEDIOS DE VIDA, puede IMPLICAR ARBITRARIEDAD EN LAS DISTINTAS ADMONES con el ESTABLECIMIENTO DE PAUTAS AL OBJETO DE SOSLAYAR EL TEMA DE LOS MEDIOS DE VIDA.

MEDIOS ECONÓMICOS A LA FECHA DE LA SOLICITUD - es un asunto en disonancia con la LPAVER LOS MEDIOS ECONÓMICOS A LO LARGO DEL PROCEDIMIENTO- SEGÚN LA LEY DE PROCEDIMIENTO . ART. 35 DE LPA. Deberían suprimirse de la redacción todas aquellas cuestiones donde se otorga una facultad de valoración amplia a la Administración.

4. AL TÍTULO IV: RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO

Se propone la adición de un apartado para la autorización de trabajo de presos.

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 en materia 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, y a la Dirección General de Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

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 la condena de un penado extranjero no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador, 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 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, 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.
- e) La titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

f) 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.

g) 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, 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

Se introduce la necesidad de incluir en el presente capítulo el desarrollo de lo establecido en el artículo 36.1 LOEX, a fin de no dejar la misma a desarrollo mediante Instrucción.

Artículo 63. 1 Autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

1. La autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena habilitará a los extranjeros que residen fuera de España, siempre que hayan obtenido el correspondiente visado, y hayan sido dados de alta en Seguridad Social dentro del plazo de tres meses desde su entrada legal en España, a residir y trabajar por cuenta ajena en España.

Salvo en los casos en los que no resulte aplicable el requisito de que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador, la autorización inicial se limitará a un ámbito geográfico provincial y a una ocupación.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en caso de no aplicación del requisito de que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador en base a los apartados a), b) y d) del artículo 40.2 de la Ley Orgánica 4/2000, la autorización inicial se limitará al tipo de relación laboral para la cual se haya concedido.

PROPUESTA

Supresión del segundo y del tercer párrafo.

Salvo en los casos en los que no resulte aplicable el requisito de que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador, la autorización inicial se limitará a un ámbito geográfico provincial y a una ocupación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en caso de no aplicación del requisito de que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador en base a los apartados a), b) y d) del artículo 40.2 de la Ley Orgánica 4/2000, la autorización inicial se limitará al tipo de relación laboral para la cual se haya concedido.

MOTIVACIÓN

El segundo párrafo se suprime dado que es reiterativo al estar contemplado en el apartado 5 del mismo artículo .

Y el tercer punto se propone su traslado al final del punto 5 por coherencia legislativa.

Artículo 63. 5 Autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

5 La autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena tendrá una duración de un año y se limitará, en lo relativo al ejercicio de la actividad laboral y salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, a un ámbito geográfico y a una ocupación determinada.

Cuando la Comunidad Autónoma tuviera reconocidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo podrá fijar el ámbito geográfico de la autorización dentro de su territorio.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Añadir al final de este apartado lo siguiente

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en caso de no aplicación del requisito de que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador en base a los apartados a), b) y d) del artículo 40.2 de la Ley Orgánica 4/2000, la autorización inicial se limitará al tipo de relación laboral para la cual se haya concedido.

MOTIVACIÓN

Coherencia legislativa.

Artículo 64. 1.d) Requisitos.

1. Para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena será necesario cumplir los requisitos que se establecen en este artículo, relativos a la residencia y el trabajo, respectivamente

- d) *Haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario al país de origen.*

PROPUESTA

Se propone añadir el término "incentivado"

- e) **Haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario incentivado al país de origen.**

MOTIVACIÓN

El derecho a residir y a trabajar en España, entendemos que sólo puede verse restringido para aquel extranjero que haya optado por el retorno incentivado. De otra manera se estaría discriminando a aquel extranjero que haya retornado voluntariamente a su país por cualquier razón sin recibir compensación económica alguna

Artículo 64.3 b) Requisitos.

3. En relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, será necesario que:



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

a) *La situación nacional de empleo no impida la contratación del trabajador extranjero en los términos previstos en el artículo 65 de este Reglamento.*

b) *El empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.*

La fecha de comienzo del contrato deberá estar condicionada al momento de eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

PROPUESTA AÑADIR el termino “previsiblemente” del apartado b)

El empleador presente un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por él mismo y que garantice al trabajador una actividad previsiblemente continuada durante el período de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Nueva redacción del párrafo segundo

La fecha de comienzo de la relación laboral estará supeditada a la concesión del correspondiente visado de residencia y trabajo y su efectiva entrada a territorio español.”

MOTIVACIÓN

Añadir esta palabra dado que es necesario ajustar la exigencia de una actividad continuada a las modalidades de contratación del Estatuto de Trabajadores y la situación del mercado laboral.

Mejora de redacción y coherencia con el artículo 66 y resto de articulado.

c) *Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad.*

En el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual.

PROPUESTA

Añadir al final Si se presentan dos o más contratos parciales con diferentes empleadores que sumados no llegaran a la jornada completa, deberán cubrir el SMI en proporción a las horas de los contratos a tiempo parcial.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

MOTIVACION: Esta posibilidad se ajusta más a las necesidades actuales del mercado laboral. ,

Artículo 64.4 Requisitos.

4. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en los supuestos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000 o por Convenio internacional.

Igualmente, se autorizará a trabajar sin atender a la situación nacional de empleo a los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto, así como a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles en virtud de acuerdos internacionales de pesca marítima. En este caso, se concederá validez de autorización para trabajar al duplicado de la notificación de embarque o renovación del contrato de tripulantes extranjeros en buques españoles.

PROPUESTA

Añadir al final del apartado 4 párrafo primero:

Ni en el supuesto de las solicitudes realizadas a jóvenes de 18 años que provengan de centros residenciales tutelados por la entidad de protección de menores competente.

MOTIVACIÓN

Con la introducción de este párrafo se facilita el acceso y la regularización de aquellos jóvenes que pese haber estado residiendo en centros residenciales tutelados por la entidad de protección de menores competente no hubieran obtenido la correspondiente autorización de residencia y trabajo.

Artículo 65. 1 párrafo 6 Determinación de la situación nacional de empleo.

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.

PROPUESTA

Eliminar este párrafo.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

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.

MOTIVACIÓN

Esta facultad otorgada a la Administración deja abierta la posibilidad de que en base a hipotéticas políticas de inserción, se dejen sin cubrir puestos de trabajo cuando por otro lado, podrían ofertarse a trabajadores adecuados para dichas ocupaciones.

Artículo 65. 2 párrafo 6 Determinación de la situación nacional de empleo.

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

PROPUESTA

Eliminar este párrafo.

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



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

MOTIVACIÓN

Por coherencia

Artículo 65. 2 párrafo 8 Determinación de la situación nacional de empleo.

En la valoración del certificado, la Oficina de Extranjería competente para la tramitación de la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena tendrá en consideración, especialmente, la relación entre el número de trabajadores puestos a disposición del empleador y el de puestos de trabajo ofertados por éste, así como la valoración de si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa impulsada por el Servicio Público de Empleo.

PROPUESTA

Eliminar este párrafo.

En la valoración del certificado, la Oficina de Extranjería competente para la tramitación de la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena tendrá en consideración, especialmente, la relación entre el número de trabajadores puestos a disposición del empleador y el de puestos de trabajo ofertados por éste, así como la valoración de si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa impulsada por el Servicio Público de Empleo.

MOTIVACIÓN

Por coherencia

Artículo 67.1. Procedimiento.

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

PROPUESTA

Se añade el siguiente texto al final del apartado 1

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



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Y un segundo párrafo

El caso de los empleadores domésticos podrán presentar la correspondiente solicitud del empleador cualquier miembro de la pareja, otros miembros de la familia o una tercera persona con poder especial suficiente para dicha finalidad.

MOTIVACIÓN

Por coherencia con el traspaso de competencia en esta materia a las CCAA. Hay que tener presente que en este sector existen personas que por su edad u otras circunstancias no están físicamente capacitados para acudir a realizar la presentación de la solicitud ante el órgano competente siendo ellos los empleadores.

Artículo 67.2b) Procedimiento

b) Original y copia del contrato de trabajo, en el modelo oficial establecido. La Oficina de Extranjería sellará la copia del contrato a los efectos de su posterior presentación por el extranjero junto a la correspondiente solicitud de visado de residencia y trabajo.

PROPUESTA

Se añade

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

MOTIVACIÓN: Por coherencia.

Artículo 67.2e) Procedimiento

e) Copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.

PROPUESTA

Se propone añadir la palabra "simple" en el apartado anterior

e) Copia simple del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.

MOTIVACIÓN

Se aclara que dicha copia no precisa ser compulsada por el Consulado España en el país de residencia correspondiente, evitando la discrecionalidad administrativa.

La práctica nos demuestra que el exigir la copia compulsada, en ocasiones, conlleva un trámite que puede llegar a ser largo, además de costoso.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 67.3. Procedimiento

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

PROPUESTA

Se propone la siguiente redacción

3. Recibida la solicitud, el órgano competente la registrará, y entregará al interesado la comunicación del inicio del procedimiento, y la grabará en la aplicación informática correspondiente, de tal manera que permita que los órganos competentes para resolver puedan tener conocimiento de la solicitud en tiempo real.

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Artículo 67.9 Procedimiento

7. El trabajador extranjero comunicará a la Oficina de Extranjería competente el fallecimiento o desaparición del empleador, para debida constancia. Igualmente, en caso de que habiéndose dirigido al empleador que solicitó la autorización éste le hubiera comunicado su intención de no darle de alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social en el plazo establecido al efecto, el trabajador extranjero comunicará dicha circunstancia a la Oficina de Extranjería competente.

PROPUESTA: Añadir el siguiente párrafo

En este supuesto el órgano que concedió la autorización permitirá el alta del trabajador por otro empleador, siempre que ésta se produzca dentro de los tres meses desde su entrada legal en España.

A dichos efectos, el nuevo empleador deberá acreditar que cumple los requisitos previstos en los apartados b), c), d) y e) del artículo 64.3 de este Reglamento. El alta en la Seguridad Social deberá realizarse en el ámbito territorial y la ocupación a los que esté limitada, en su caso, la autorización. De no estar limitada y producirse un cambio de ocupación, el nuevo empleador deberá acreditar, además, que se cumple con el requisito previsto en el apartado f) de dicho precepto.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

MOTIVACIÓN : Al no ser por causas imputables al trabajador se debe de posibilitar el darse de alta con otro empleador el cual acredite que cumple con todos los requisitos exigidos en el apartado 2 de este artículo.

Artículo 68. 5 Asunción de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena por Comunidades Autónomas.

5. A la vista de la documentación aportada y de los informes obtenidos, los órganos competentes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente deberán dictar, de manera coordinada y concordante, una resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, que será firmada por los titulares de los órganos competentes de cada una de las Administraciones y expedida y notificada a los interesados por el órgano autonómico.

En todo caso, la resolución conjunta será desfavorable si concurre alguna causa de denegación referida bien a los aspectos laborales o bien a los de residencia, debiendo recogerse en la misma todas las causas específicas de denegación así como los órganos que, en su caso, deban conocer de un eventual recurso administrativo o judicial contra la resolución.

PROPUESTA

Nueva redacción del apartado 5 párrafo segundo

En todo caso, la resolución conjunta será desfavorable si concurre alguna causa de denegación referida bien a los aspectos laborales o bien a los de residencia, debiendo recogerse en la misma todas las causas específicas de denegación así como los órganos que, en su caso, deban conocer de un eventual recurso administrativo o judicial contra la resolución, **los plazos previstos para ello, e indicación del derecho a obtener el beneficio de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley de asistencia Jurídica Gratuita**

MOTIVACION

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Justicia Gratuita 1/1996 , de 10 de enero.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 69. d) Denegación de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

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

PROPUESTA

Cambiar "o" por "y"

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

MOTIVACIÓN

Coherencia legislativa. No puede denegarse una autorización en base a documentación falsa o alegaciones inexactas, cuando el extranjero no era conocedor de la existencia de falsedad documental.

Artículo 69. 1 e) Denegación de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

a) De así valorarlo el órgano competente para resolver, cuando conste un informe policial desfavorable.

PROPUESTA

Nueva redacción del párrafo d).

d) Cuando conste un informe policial previo desfavorable debidamente motivado del que, en todo caso, se dará traslado al solicitante como parte ineludible de la resolución adoptada, fin de que alegue cuanto a su derecho conviniera. Dicho informe no tendrá carácter vinculante.

MOTIVACIÓN

De conformidad con la doctrinal jurisprudencial y el principio de presunción de inocencia este tipo de informes nunca pueden ser vinculantes.

Entendemos que la valoración que del mismo se haga, debe contener las manifestaciones del interesado, por lo tanto, se debe de dar traslado al extranjero a fin de que el mismo aporte cuantas circunstancias estime convenientes respecto a lo manifestado en el informe, de otro modo se vulneraría el principio de presunción de inocencia.

Posteriormente, la autoridad competente debe ponderar todas las circunstancias y resolver en su caso.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

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.

PROPUESTA

Añadir al final del segundo párrafo

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, salvo que la misma haya sido satisfecha.

MOTIVACIÓN

En aplicación del principio de non bis in idem, no debe sancionarse nuevamente, si se ha cumplido con la sanción impuesta en su día.

Artículo 69. 2 Denegación de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

2. La denegación habrá de ser motivada y expresará los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Se proponer la siguiente redacción

2. La denegación habrá de ser motivada y expresará 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 el beneficio de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley de asistencia Jurídica Gratuita

MOTIVACIÓN

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Justicia Gratuita 1/1996 , de 10 de enero

Mejora técnica concordante la redacción con la dada en otros artículos.

Artículo 70. 2 párrafo 1 Visado de residencia y trabajo.

2. En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización al empleador interesado, el trabajador deberá solicitar personalmente el visado en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado.

PROPUESTA

Se propone añadir

2. En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización al empleador interesado, el trabajador deberá solicitar personalmente el visado en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida. La Misión Diplomática u oficina consular registrará la solicitud y entregará la correspondiente comunicación de inicio de procedimiento, o en su caso, resolverá sobre la inadmisión a trámite El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 70. 3 Visado de residencia y trabajo.

3. La solicitud de visado deberá ir acompañada de la siguiente documentación:

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

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

c) Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.

d) Copia del contrato en relación con el cual se ha concedido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, sellada por la Oficina de Extranjería.

De oficio, la misión diplomática u oficina consular verificará, en la aplicación informática correspondiente, que se ha concedido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena condicionada.

PROPUESTA

Añadir un párrafo al final del apartado 3

En el supuesto de que no se presenten los documentos recogidos en este apartado, la misión diplomática u oficina consular requerirá al interesado y le advertirá, expresamente, que 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

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Artículo 70. 4 a) Visado de residencia y trabajo

4. La misión diplomática u oficina consular denegará el visado en los siguientes supuestos:



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

a) Cuando el extranjero se encontrara en situación irregular en España en la fecha en que se presentó a su favor la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

PROPUESTA

Supresión del párrafo a)

4. La misión diplomática u oficina consular denegará el visado en los siguientes supuestos:

b) Cuando el extranjero se encontrara en situación irregular en España en la fecha en que se presentó a su favor la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

MOTIVACIÓN: Ya fue valorada dicha circunstancia en el momento de la concesión de la autorización por parte de la autoridad competente.

Artículo 70. 4 c) Visado de residencia y trabajo

c) Cuando, para fundamentar la petición de visado, se hayan presentado documentos falsos o formulados alegaciones inexactas, o medie mala fe

PROPUESTA

Cambiar " y " por "o"

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

MOTIVACIÓN

Coherencia legislativa

Artículo 70. 4 c) Visado de residencia y trabajo

f) Cuando la copia del contrato presentada no coincida con la información proporcionada por la Oficina de Extranjería sobre el contrato original.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Añadir "u órgano autónomo competente"

f) Cuando la copia del contrato presentada no coincida con la información proporcionada por la Oficina de Extranjería u órgano autónomo competente sobre el contrato original.

MOTIVACIÓN

Coherencia legislativa

Artículo 70. 5 Visado de residencia y trabajo.

5. La misión diplomática u oficina consular resolverá sobre la solicitud y expedirá, en su caso, el visado de residencia y trabajo, en el plazo máximo de un mes.

Notificada la concesión del visado, el trabajador deberá recogerlo personalmente en el plazo de un mes desde la fecha de notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente.

PROPUESTA

Se propone la siguiente redacción:

5 La misión diplomática u oficina consular resolverá de forma motivada sobre la solicitud y expedirá, en su caso, el visado de residencia y trabajo, en el plazo máximo de un mes.

Notificada la concesión del visado, el trabajador deberá recogerlo personalmente o por medio de representante en los casos de imposibilidad física o incapacidad legal en el plazo de un mes desde la fecha de notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente, salvo circunstancias acreditadas de fuerza mayor

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

A lo establecido en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Dado que son plazos tan breves se han de tener en cuenta circunstancias que puedan surgir no imputables al extranjero.

Artículo 70. 8 Visado de residencia y trabajo

8- En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en la Seguridad Social, éste deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero.

PROPUESTA

Añadir "u órgano competente"

8- En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en la Seguridad Social, éste deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería u órgano competente que corresponda. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero

MOTIVACIÓN

Coherencia legislativa

Artículo 71.1 Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

1. La renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los 90 días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Se propone añadir al final del párrafo primero el siguiente texto:

Recibida la solicitud la Autoridad competente registrará la solicitud y entregará al interesado la comunicación de inicio de procedimiento o, en su caso resolverá la inadmisión a trámite, si está se presentará fuera de plazo.

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 c) y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Artículo 71. 2 Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

2. La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración en los siguientes supuestos:

a) Cuando se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende.

b) Cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

1º. Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.

2º. Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación.

c) Cuando el trabajador haya tenido un período de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:

1º. Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

2º. Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

3º. Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor.

PROPUESTA : Se propone eliminar los apartados b) y c) y dar una nueva redacción al apartado a)

a) Cuando se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende renovar o cuando se cuente con un contrato nuevo.

b) Cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

1. Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.

2. Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación.

c) Cuando el trabajador haya tenido un período de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:

1º. Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

2. Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.

3º. Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor.

MOTIVACIÓN

El reglamento no puede establecer un desarrollo reglamentario donde la Ley no lo ha establecido por ello no pueden ponerse más condiciones que las establecidas en ella.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 71. 2 d) Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

d) Cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 38.6 b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la prevista en su apartado d) en relación con supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de que la trabajadora sea víctima de violencia de género.

PROPUESTA

Nueva numeración el d) pasa a ser b)

b) Cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 38.6 b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la prevista en su apartado d) en relación con supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de que la trabajadora sea víctima de violencia de género.

MOTIVACION

Acorde con la propuesta anterior

Artículo 71. 2 e) Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

e) En desarrollo del artículo el artículo 38.6.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando:

1º. 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.

2º. El cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Se procederá igualmente a la renovación, cuando el requisito sea cumplido por la persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal en los términos previstos en materia de reagrupación familiar.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Se propone añadir un apartado nº 3 en el punto e)

3º. Que las anteriores circunstancias contenidas en este artículo no se hayan podido acreditar por hallarse en una situación de maternidad o grave enfermedad.

MOTIVACIÓN

Dar cabida a otras posible situaciones no contempladas.

Artículo 71. 4 a) Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

4º Para la renovación de la autorización se valorará, en su caso, previa solicitud de oficio de los respectivos informes:

a) Que el extranjero haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena privativa de libertad.

PROPUESTA

Se propone modificar la redacción de la a)

a)La posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que hubieran sido indultados o se hallasen en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena.

MOTIVACION

Mejora técnica acorde con la redacción dada en otros artículos del texto

Artículo 71. 4 a) Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Igualmente se valorará, teniendo en consideración el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia, el esfuerzo de integración del extranjero.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Dicho esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización.

El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España y los de la Unión Europea, así como los valores consagrados en el Estatuto de autonomía de la Comunidad Autónoma en la que resida. Se tendrá en especial consideración la formación en materia de derechos humanos, libertades públicas, democracia, tolerancia e igualdad entre mujeres y hombres, así como la relativa al conocimiento de las lenguas oficiales y la orientada al empleo. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados.

El informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades públicas o privadas debidamente acreditadas.

PROPUESTA

Añadir un nuevo párrafo:

En ningún caso el informe podrá ser tenido en cuenta a los efectos de valoración negativa por parte de la Oficina de Extranjeros.

MOTIVACION

Necesidad de indicar expresamente que el esfuerzo de integración que se exige al extranjero, de conformidad con lo recogido en la Ley y su exposición de motivos, nunca debe ser tenido en cuenta como aspecto negativo.

Artículo 71. 7 Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

7. Transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Añadir en el último apartado

La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, en el plazo de quince días, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero.

MOTIVACION

Necesidad de establecer unos plazos para la emisión del certificado.

Artículo 71. 8 Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

PROPUESTA

Se propone añadir un nuevo párrafo 8)

Denegada la renovación, la interposición del recurso de alzada en tiempo y forma permitirá al extranjero mantener o, en su caso, solicitar el alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social, en tanto no se dicte resolución firme en vía administrativa.

MOTIVACION

Este nuevo apartado propuesto resulta plenamente concordante con la normativa vigente (artículo 28.3 LOEX y 109 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.) y evita graves problemas de inseguridad jurídica

Capítulo IV. Residencia temporal y trabajo para investigación

Artículo 77. Procedimiento.

1. La entidad u organismo de investigación que haya firmado un convenio de acogida con un extranjero no residente en España, deberá presentar, en el modelo oficial establecido al efecto, y a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal, la correspondiente



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

solicitud de autorización de residencia y trabajo para investigación, ante el órgano competente para su tramitación de la provincia donde se vaya a iniciar el proyecto de investigación.

2. Con la solicitud de autorización, deberá acompañarse la siguiente documentación:

a) El NIF, y el documento público que otorgue la representación legal de la entidad u organismo de investigación en favor de la persona física que formule la solicitud.

La inscripción de la entidad u organismo de investigación en la Seguridad Social será comprobada de oficio por parte del órgano administrativo ante el que se presente la solicitud.

b) Copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del investigador extranjero, reconocido como válido en España.

PROPUESTA

Se propone añadir la palabra “simple” en el apartado anterior

e) Copia simple del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.

MOTIVACIÓN

Se aclara que dicha copia no precisa ser compulsada por el Consulado España en el país de residencia correspondiente, evitando la discrecionalidad administrativa.

La práctica nos demuestra que el exigir la copia compulsada, en ocasiones, conlleva un trámite que puede llegar a ser largo, además de costoso.

c) El convenio de acogida firmado entre el investigador extranjero y la entidad u organismo de investigación, que comprenderá memoria descriptiva del proyecto de investigación, y el contrato de trabajo entre ambos.

d) La titulación exigida para el ejercicio de la profesión, debidamente homologada cuando proceda.

Igualmente, el órgano competente para la tramitación verificará, de oficio, que la entidad u organismo se encuentra incluida en el listado de entidades y organismos autorizados para la firma de convenios de acogida.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

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

PROPUESTA

Se propone la siguiente redacción

3. Recibida la solicitud, el órgano competente la registrará, y entregará al interesado la comunicación del inicio del procedimiento, y la grabará en la aplicación informática correspondiente, de tal manera que permita que los órganos competentes para resolver puedan tener conocimiento de la solicitud en tiempo real.

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Artículo 81. Renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.

1. La autorización de residencia y trabajo para investigación podrá renovarse a su expiración, por periodos anuales, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, cuando el investigador extranjero acredite cumplir los requisitos exigibles de cara a la concesión de una autorización inicial, salvo el relativo al visado.

2. Junto con la solicitud de renovación, en modelo oficial, deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones exigibles para la concesión de una autorización inicial.

3. La renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo para investigación deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto **en** que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

4. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.

5. Transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia temporal y trabajo para investigación, ésta se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero.

PROPUESTA

Añadir en el último apartado

La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, en el plazo de quince días, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero.

MOTIVACION

Necesidad de establecer unos plazos para la emisión del certificado.

Capítulo V. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE

Artículo 87. Procedimiento.

1. El empleador que pretenda contratar a un trabajador extranjero no residente en España, deberá presentar personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, ante el órgano competente para su tramitación, de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

2. Con la solicitud de autorización de residencia y trabajo, en modelo oficial, deberá acompañarse la siguiente documentación:

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

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

b) El contrato de trabajo, en el modelo oficial establecido.

c) 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.

d) Copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.

PROPUESTA

Se propone añadir la palabra "simple" en el apartado anterior

e) e) Copia simple del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero.

MOTIVACIÓN

Por coherencia.

Artículo 88. Denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

1. La autoridad competente denegará la concesión de la autorización, en los supuestos siguientes:

a) Cuando se incumpla alguno de los requisitos previstos en esta sección para su concesión.

b) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulando alegaciones inexactas, medie mala fe o los documentos presentados hayan sido obtenidos fraudulentamente.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulando alegaciones inexactas, siempre que medie mala fe o los documentos presentados hayan sido obtenidos fraudulentamente.

MOTIVACION

Por coherencia con el resto de articulado

c) Cuando el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos 12 meses por infracciones calificadas como graves o muy graves en la Ley Orgánica 4/2000, salvo la prevista en su artículo 53.1.d), o por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000.

d) Cuando el empresario solicitante haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra los extranjeros, así como contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

e) De así valorarlo el órgano competente para resolver, cuando conste un informe policial desfavorable.

PROPUESTA

Nueva redacción del párrafo e)

e) Cuando conste un informe policial previo desfavorable debidamente motivado del que, en todo caso, se dará traslado al solicitante como parte ineludible de la resolución adoptada, fin de que alegue cuanto a su derecho conviniera. Dicho informe no tendrá carácter vinculante.

MOTIVACIÓN

De conformidad con la doctrinal jurisprudencial y el principio de presunción de inocencia este tipo de informes nunca pueden ser vinculantes.

Entendemos que la valoración que del mismo se haga, debe contener las manifestaciones del interesado, por lo tanto, se debe de dar traslado al extranjero a fin de que el mismo aporte cuantas circunstancias estime convenientes respecto a lo manifestado en el informe, de otro modo se vulneraría el principio de presunción de inocencia.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Posteriormente, la autoridad competente debe ponderar todas las circunstancias y resolver en su caso.

f) Cuando la contratación afecte a los sectores que en el país de origen del trabajador sufren escasez de mano de obra de acuerdo con lo establecido en un Acuerdo internacional sobre la materia.

1. La denegación habrá de ser motivada y expresará los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos.

PROPUESTA

Se proponer la siguiente redacción

La denegación habrá de ser motivada y expresará 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 el beneficio de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley de asistencia Jurídica Gratuita

MOTIVACIÓN

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Justicia Gratuita 1/1996 , de 10 de enero

Mejora técnica concordante la redacción con la dada en otros artículos.

Artículo 89. Visado de residencia y trabajo.

1. En el plazo de un mes desde la notificación al empleador o empresa solicitante, el trabajador deberá solicitar personalmente el visado de residencia y trabajo en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida. El procedimiento y los requisitos relativos al visado serán los previstos en el artículo 70 sobre la materia.

2. Notificada la concesión del visado en el plazo máximo de quince días desde la presentación de la solicitud, el trabajador deberá recogerlo personalmente en el plazo de un mes desde la fecha de notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente, salvo circunstancias de fuerza mayor acreditadas.

MOTIVACION

Por coherencia

Artículo 91. Renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

1. La renovación de las autorizaciones deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.

2. La autorización se renovará por periodos bianuales, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, cuando el trabajador extranjero acredite el cumplimiento de los requisitos exigibles para la concesión de una autorización inicial.

3. Notificada la resolución favorable, el extranjero deberá solicitar en el plazo de un mes la tarjeta de identidad de extranjero, en la que se hará constar la leyenda "Tarjeta Azul-UE".

4. Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos exigibles para la concesión de una autorización inicial, la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulando alegaciones inexactas, medie mala fe o los documentos presentados hayan sido obtenidos fraudulentamente.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

a) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulando alegaciones inexactas, siempre que medie mala fe o los documentos presentados hayan sido obtenidos fraudulentamente.

MOTIVACION

Por coherencia con el resto de articulado

b) Cuando el titular haya dejado de cumplir las condiciones de entrada y residencia en el territorio español como profesional altamente cualificado.

c) Cuando el titular resida para fines distintos a aquéllos para los que fue inicialmente autorizado a residir.

5. Transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia temporal y trabajo, ésta se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero, en la que deberá constar la mención a Tarjeta Azul-UE.

PROPUESTA

Añadir en el último apartado

La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, en el plazo de quince días, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero, en la que deberá constar la mención a Tarjeta Azul-UE.

MOTIVACION

Necesidad de establecer unos plazos para la emisión del certificado.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Capítulo VI. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración Determinada

Artículo 97. 2 párrafo 3 Requisitos.

A los efectos de que se verifique el retorno del trabajador, éste deberá presentarse en la misión diplomática o en la oficina consular que le expidió el visado en el plazo de un mes desde el término de su autorización en España. La misión u oficina grabará esta circunstancia en la correspondiente aplicación informática, a los efectos de su anotación en el Registro Central de Extranjeros. En estos casos, el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones, así como la acreditación de su regreso ante la autoridad diplomática o consular competente, le facultará

PROPUESTA

Se otorga nueva redacción a este apartado

A los efectos de que se verifique el retorno del trabajador, éste deberá presentarse en la misión diplomática o en la oficina consular que le expidió el visado en el plazo de un mes desde el término de su autorización en España. La Misión Diplomática u oficina consular deberá entregar al extranjero certificación acreditativa de su comparencia y grabará esta circunstancia en la correspondiente aplicación informática, a los efectos de su anotación en el Registro Central de Extranjeros. En estos casos, el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones, así como la acreditación de su regreso ante la autoridad diplomática o consular competente, le facultará.

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Capítulo VII. Residencia temporal y trabajo por cuenta propia

Artículo 103. 2 a) Requisitos.

1. Para la concesión de una autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta propia será necesario acreditar, en cada caso, los requisitos que se establecen en este artículo relativos al ámbito de la residencia y laboral, respectivamente.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

2. Será necesario cumplir las siguientes condiciones, en materia de residencia:

a) Que haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario al país de origen.

PROPUESTA

Se propone añadir el término “incentivado”

f) **Haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario incentivado al país de origen.**

MOTIVACIÓN

El derecho a residir y a trabajar en España, entendemos que sólo puede verse restringido para aquel extranjero que haya optado por el retorno incentivado. De otra manera se estaría discriminando a aquel extranjero que haya retornado voluntariamente a su país por cualquier razón sin recibir compensación económica alguna

Artículo 104. 1 Procedimiento

1. El trabajador extranjero no residente que pretenda trabajar por cuenta propia en España deberá presentar, personalmente, en modelo oficial, la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia.

PROPUESTA

Se propone añadir al término del apartado 1 el siguiente texto

De acuerdo con lo previsto por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, podrá realizarse la presentación por un representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2000



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 104. 5 Procedimiento

5 El órgano competente de la Administración General del Estado resolverá la concesión o denegación de la autorización de residencia. A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados y Rebeldes. Estos informes serán emitidos en el plazo de siete días.

PROPUESTA

Se añade el "de forma motivada"

5 El órgano competente de la Administración General del Estado resolverá de forma motivada la concesión o denegación de la autorización de residencia. A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados y Rebeldes. Estos informes serán emitidos en el plazo de siete días.

MOTIVACION

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Artículo 104. 6 Procedimiento

6. Al resolver sobre la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, la autoridad competente, que será la autonómica cuando tenga competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia, deberá grabar de inmediato la resolución favorable en la aplicación informática correspondiente, de manera que las autoridades de la Administración o Administraciones afectadas tengan conocimiento en tiempo real de la misma, y condicionará su vigencia a la solicitud y, en su caso, a la expedición del visado, y posterior alta del trabajador, durante los tres meses posteriores a su entrada legal en España, en el régimen de correspondiente de la Seguridad Social.

Cuando la Misión diplomática u Oficina consular competente no disponga, por razón de su ubicación geográfica, de los medios técnicos necesarios para el acceso en tiempo real a la resolución mencionada en el párrafo anterior,



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, le darán traslado telemático de la misma en el plazo de veinticuatro horas desde su recepción.

La Misión diplomática u Oficina consular notificará al interesado la resolución sobre la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.

Añadir

PROPUESTA

Se propone añadir el siguiente texto al final del primer párrafo del apartado 6 **Al resolver sobre la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, la autoridad competente, que será la autonómica cuando tenga competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia, deberá grabar de inmediato la resolución favorable en la aplicación informática correspondiente, de manera que las autoridades de la Administración o Administraciones afectadas tengan conocimiento en tiempo real de la misma, y condicionará su vigencia a la solicitud y, en su caso, a la expedición del visado, y posterior alta del trabajador, durante los tres meses posteriores a su entrada legal en España, en el régimen de correspondiente de la Seguridad Social o sistema alternativo.**

Se propone añadir el siguiente texto al final apartado 6

En caso de que la resolución sea desfavorable indicará los recursos que contra la misma caben, plazo y organismo ante el que va dirigido con indicación del derecho a obtener asistencia letrada en los términos establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

MOTIVACIÓN

De acuerdo con lo establecido en la normativa que posibilita afiliarse al sistema mutualista alternativo al RETA.

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Justicia Gratuita 1/1996 , de 10 de enero artículo 2c)

Artículo 105. Asunción de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia por Comunidades Autónomas.

En todo caso, la resolución conjunta será desfavorable si concurre alguna causa de denegación en materia de trabajo o bien en materia de residencia,



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

debiendo recogerse en la misma las causas específicas de denegación, así como el órgano que, en su caso, deba conocer de un eventual recurso administrativo contra la resolución.

PROPUESTA

Nueva redacción del apartado 5 párrafo segundo

En todo caso, la resolución conjunta será desfavorable si concurre alguna causa de denegación referida bien a los aspectos laborales o bien a los de residencia, debiendo recogerse en la misma todas las causas específicas de denegación así como los órganos que, en su caso, deban conocer de un eventual recurso administrativo o judicial contra la resolución, los plazos previstos para ello, e indicación del derecho a obtener el beneficio de justicia gratuita en los términos establecidos en la Ley de asistencia Jurídica Gratuita

MOTIVACION

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Justicia Gratuita 1/1996 , de 10 de enero artículo 2c)

Artículo 106. 1 Visado de residencia y trabajo y entrada en España.

El interesado presentará, personalmente, la solicitud de visado en modelo oficial, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia.

PROPUESTA

Añadir en el título "cuenta propia"

Visado de residencia y trabajo por cuenta propia y su entrada en España

Añadir se propone dar nueva redacción al apartado 1

El interesado presentará, personalmente, la solicitud de visado en modelo oficial, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia. La misión Diplomática u oficina consular registrará la solicitud y entregará al interesado comunicación de inicio de procedimiento o en su caso, resolverá la inadmisión a trámite

De acuerdo con lo previsto por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, podrá realizarse la presentación por un representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad,

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2000

Artículo 106. 1 Visado de residencia y trabajo y entrada en España.

Junto a la solicitud de visado, el extranjero habrá de presentar la siguiente documentación:

- a) Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.
- b) Certificado de antecedentes penales, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español.
- c) Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.

De oficio, la misión diplomática u oficina consular comprobará que han sido abonadas las tasas por tramitación del procedimiento y verificará, en la aplicación informática correspondiente, que se ha concedido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia condicionada.

PROPUESTA

Añadir el siguiente párrafo al final del apartado 1

Asimismo, la autoridad competente para resolver comprobará si con la solicitud se acompaña la documentación exigida, y si estuviera incompleta, formulará al solicitante el oportuno requerimiento a fin de que se subsanen los defectos observados en el plazo de diez días, advirtiéndole



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

que de no subsanarse los mismos en el indicado plazo se le tendrá por desistido de su solicitud y se procederá al archivo de su expediente, dictándose al efecto la oportuna resolución

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Artículo 106. 2 Visado de residencia y trabajo y entrada en España.

2. La Misión diplomática u Oficina consular, en atención al cumplimiento de los requisitos acreditados o verificados de acuerdo con el apartado anterior, resolverá sobre la solicitud y expedirá, en su caso, el visado de residencia y trabajo, en el plazo máximo de un mes.

PROPUESTA

Se añade “ de forma motivada”

2. La Misión diplomática u Oficina consular, en atención al cumplimiento de los requisitos acreditados o verificados de acuerdo con el apartado anterior, resolverá de forma motivada sobre la solicitud y expedirá, en su caso, el visado de residencia y trabajo, en el plazo máximo de un mes.

Se propone añadir el siguiente párrafo al final de apartado 2

En el caso de que la resolución sea desfavorable indicará los recursos que contra la misma caben, el plazo y el organismo ante el que va dirigido con indicación del derecho a obtener asistencia letrada en los términos establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

MOTIVACIÓN

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de acuerdo con lo establecido en la Ley de Justicia Gratuita 1/1996 , de 10 de enero artículo 2c)



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 106. 3 Visado de residencia y trabajo y entrada en España.

3. Notificada, en su caso, la concesión del visado, el solicitante deberá recogerlo personalmente en el plazo de un mes desde la notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente.

PROPUESTA

Se propone la siguiente redacción

3 Notificada, en su caso, la concesión la autorización y el visado de residencia, el solicitante deberá recogerlo personalmente o por medio de representante en los casos de imposibilidad física o incapacidad legal .en el plazo de un mes desde la notificación . En caso de no hacerlo así, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento salvo justa causa

MOTIVACIÓN

Mejora técnica y acorde con el contenido de la Ley.

Artículo 106. 5 Visado de residencia y trabajo y entrada en España.

5. En el plazo de los tres meses posteriores a la entrada legal del trabajador en España, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación. El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el mencionado plazo dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.

PROPUESTA

5. En el plazo de los tres meses posteriores a la entrada legal del trabajador en España, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social O SISTEMA MUTUALISTA ALTERNATIVO que resulte de aplicación. El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social O SISTEMA MUTUALISTA ALTERNATIVO en el mencionado plazo dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.

MOTIVACION

Por coherencia



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 106. 6 Visado de residencia y trabajo y entrada en España.

6. En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero.

PROPUESTA

6. En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o sistema alternativo mutualista, éste deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero.

MOTIVACION

Por coherencia

Artículo 106. 7 Visado de residencia y trabajo y entrada en España.

7. Si finalizado el plazo de tres meses de estancia no existiera constancia de que el trabajador se ha dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España.

PROPUESTA

7. Si finalizado el plazo de tres meses de estancia no existiera constancia de que el trabajador se ha dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o sistema mutualista alternativo, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España.

MOTIVACION

Por coherencia



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 107.1. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia

1. La autorización de residencia y trabajo por cuenta propia podrá ser renovada, a su expiración:

a) Cuando se acredite tanto la continuidad en la actividad que dio lugar a la autorización que se renueva, previa comprobación de oficio del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de la autorización, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

b) Cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Se procederá igualmente a la renovación, cuando el requisito sea cumplido por la persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal en los términos previstos en materia de reagrupación familiar.

c) Cuando por el órgano gestor competente, conforme a la normativa sobre la materia, se hubiera reconocido al extranjero trabajador autónomo la protección por cese de actividad.

PROPUESTA

Añadir un epígrafe d)

d) Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.

MOTIVACIÓN

Acorde con lo establecido en materia de renovaciones de trabajo y residencia recogido en la Ley

Artículo 107.4. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

Igualmente se valorará, teniendo en consideración el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia, el esfuerzo de integración del extranjero.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Dicho esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización.

El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España y los de la Unión Europea, así como los valores consagrados en el Estatuto de autonomía de la Comunidad Autónoma en la que resida. Se tendrá en especial consideración la formación en materia de derechos humanos, libertades públicas, democracia, tolerancia e igualdad entre mujeres y hombres, así como la relativa al conocimiento de las lenguas oficiales y la orientada al empleo. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados.

El informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades públicas o privadas debidamente acreditadas.

PROPUESTA

Añadir un nuevo párrafo:

En ningún caso el informe podrá ser tenido en cuenta a los efectos de valoración negativa por parte de la Oficina de Extranjeros.

MOTIVACION

Necesidad de indicar expresamente que el esfuerzo de integración que se exige al extranjero, de conformidad con lo recogido en la Ley y su exposición de motivos, nunca debe ser tenido en cuenta como aspecto negativo.

Artículo 107.6. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

6. Se entenderá que la resolución es favorable, en el supuesto de que la Administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Añadir en el último apartado

La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, en el plazo de quince días, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde la notificación del mismo, su titular deberá solicitar la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero.

MOTIVACION

Necesidad de establecer unos plazos para la emisión del certificado.

PROPUESTA

Se propone añadir un párrafo al final del apartado 6

Denegada la renovación, la interposición del recurso de alzada en tiempo y forma permitirá al extranjero mantener o, en su caso, solicitar el alta en la Seguridad Social, en tanto no se dicte resolución firme en vía administrativa.

MOTIVACION

Este nuevo apartado propuesto resulta plenamente concordante con la normativa vigente (artículo 28.3 LOEX y 109 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.) y evita graves problemas de inseguridad jurídica

TITULO IV

CAPITULOS VIII, IX Y X

Capítulo VIII. Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios

Artículo 108. Definición.

1. Se halla en situación de residencia temporal y trabajo en el marco de una prestación transnacional de servicio el trabajador extranjero que se desplace a un centro de trabajo en España y dependa, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, en los siguientes supuestos:

a) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera en ejecución de un contrato celebrado entre ésta y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999, de 29 de



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

b) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca a centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo de que ésta forme parte.

c) Cuando dicho desplazamiento temporal afecte a trabajadores altamente cualificados y tenga por objeto la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

2. Quedan expresamente excluidos de este tipo de autorización los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas en los supuestos previstos en los párrafos a) y c) del apartado anterior y del personal navegante respecto de las empresas de la marina mercante.

3. Esta autorización de residencia y trabajo se limitará a una ocupación y ámbito territorial concretos. Su duración coincidirá con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de un año.

Artículo 109. Requisitos.

1. Para la concesión de esta autorización será necesario cumplir los siguientes requisitos:

a) En relación con la residencia de los extranjeros que se pretende desplazar, será necesario que:

1. No se encuentren irregularmente en territorio español.

2. Carezcan de antecedentes penales, tanto en España como en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español.

3. No figuren como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

4. Haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario al país de origen.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PROPUESTA

Añadir "incentivado"

4. Haya transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España del extranjero, asumido por éste en el marco de su retorno voluntario incentivado al país de origen.

MOTIVACION

El derecho a residir y a trabajar en España, entendemos que sólo puede ser restringido para aquel extranjero que haya optado por el retorno incentivado. De otra manera se estaría discriminando a aquel extranjero que haya retornado voluntariamente a su país por cualquier razón sin recibir compensación económica alguna.

5. Que la residencia del trabajador extranjero en el país o países donde está establecida la empresa que le desplaza es estable y regular.

6. Se haya abonado la tasa por tramitación de la autorización de residencia temporal.

b) En relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, será necesario que:

1. Que la situación nacional de empleo permita la contratación.

En caso de que el empleador acredite que la actividad a desempeñar por el trabajador requiere un conocimiento directo y fehaciente de la empresa, no resultará de aplicación este requisito a los supuestos que se encuadren en el artículo 108.1.b), de conformidad con el artículo 40.2.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

2. Que la actividad profesional del trabajador extranjero en el país o países en el que está establecida la empresa que le desplaza tiene carácter habitual, y que se ha dedicado a dicha actividad como mínimo durante un año y ha estado al servicio de tal empresa, al menos, nueve meses.

3. Que la empresa a la que se desplaza se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

4. Que la empresa que le desplaza garantiza a sus trabajadores desplazados temporalmente a España los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

5. Se haya abonado la tasa por tramitación de la autorización de trabajo.

Artículo 110. Procedimiento.

El procedimiento de tramitación de la autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios será el establecido en el capítulo III de este título, con las siguientes especialidades:

1. El empleador que pretenda desplazar a un trabajador extranjero a España deberá presentar, personalmente o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios ante:

a) La Oficina de Extranjería del lugar en donde se vayan a prestar los servicios;
o

b) Ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente a su lugar de residencia, supuesto en el cual serán de aplicación las reglas de ordenación del procedimiento establecidas para las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.

2. A la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios deberá acompañarse la siguiente documentación:

a) Una copia del pasaporte completo o documento de viaje en vigor del trabajador extranjero.

PROPUESTA

De adición

Una copia *simple* del pasaporte completo o documento de viaje en vigor del trabajador extranjero.

MOTIVACION

Por coherencia con el resto del articulado



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

b) Los documentos necesarios para acreditar que concurre uno de los supuestos previstos en el artículo 108 de este Reglamento. Ello incluirá en todo caso:

En el supuesto previsto en el artículo 108.1.a), una copia del contrato de prestación de servicios.

En el supuesto previsto en el artículo 108.1 .b), escritura o documento público que acredite que las empresas pertenecen al mismo grupo.

c) Los documentos que acrediten que la residencia del trabajador extranjero en el país o países donde está establecida la empresa que le desplaza es estable y regular.

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

e) Aquellos documentos que justifiquen la concurrencia, si son alegados por el interesado, de alguno o algunos de los supuestos específicos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000.

f) La documentación acreditativa que identifica a la empresa que desplaza al trabajador extranjero y su domicilio fiscal.

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

h) El contrato de trabajo del trabajador extranjero con la empresa que le desplaza y una memoria de las actividades que el trabajador va a desarrollar en el marco de su desplazamiento.

i) El certificado de desplazamiento de la autoridad o institución competente del país de origen que acredite que el trabajador continúa sujeto a su legislación en materia de Seguridad Social si existe instrumento internacional de Seguridad Social aplicable.

En el caso de inexistencia de instrumento internacional de Seguridad Social aplicable al respecto, un documento público sobre nombramiento de representante legal de la empresa que desplaza al trabajador, a los efectos del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 111. Denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

Será causa de denegación de esta autorización, además del incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en esta sección, la concurrencia de alguna circunstancia prevista en el artículo 69.1.

Artículo 112. Visado de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios y entrada en España.

1. El visado de residencia y trabajo que se expida en los supuestos a los que se refiere este capítulo habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, durante los tres meses posteriores a la fecha de entrada legal en España, de la actividad laboral en relación con la cual hubiera sido autorizado el extranjero.

Durante dicho plazo de tres meses deberá producirse el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo.

2. En caso de que en base a un instrumento internacional de Seguridad Social aplicable, el trabajador continúe sujeto a la legislación de su país de origen sobre la materia, la eficacia de la autorización de residencia y temporal y trabajo en el marco de una prestación transnacional de servicios se producirá en el momento de la entrada legal del trabajador en España durante la vigencia del visado.

3. En el plazo de un mes desde la fecha de eficacia de la autorización, el trabajador cuya autorización tenga una vigencia superior a seis meses deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero.

Artículo 113. Prórroga de la autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

1. Las autorizaciones reguladas en este capítulo serán prorrogables por el periodo previsto de continuidad de la actividad que motivó el desplazamiento temporal, con el límite máximo de un año, si se acreditan idénticas condiciones a las exigidas para la concesión de la autorización inicial.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

2. La prórroga de la autorización deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

PROPUESTA

De adición de un último párrafo

También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto de que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

MOTIVACION

Por coherencia con el tratamiento dado en todas las autorizaciones de residencia y trabajo. Asimismo, el anterior Reglamento se remitía al régimen general de las autorizaciones de trabajo y residencia.

Artículo 114. Autorización para trabajos de temporada o campaña en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

Resultará de aplicación lo dispuesto en el capítulo VI de este título en relación con trabajadores de temporada o campaña, para desplazamientos de aquéllos que estén en plantilla de una empresa que desarrolle su actividad en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo, de cara a trabajar temporalmente en España para la misma empresa o grupo, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que la residencia del trabajador extranjero en el país donde radica la empresa que le desplaza es estable y regular.
- b) Que la actividad profesional del trabajador extranjero en el país en el que radica la empresa que le desplaza tiene carácter habitual, y que se ha dedicado a dicha actividad como mínimo durante un año y ha estado al servicio de tal empresa, al menos, nueve meses.
- c) Que la empresa que le desplaza garantiza a sus trabajadores desplazados temporalmente a España los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

d) Que la situación nacional de empleo permite la contratación, salvo en el supuesto de que el empleador acredite que la actividad a desempeñar por el trabajador requiere un conocimiento directo y fehaciente de la empresa.

Capítulo IX. Residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo

Artículo 115. Excepciones a la autorización de trabajo.

Están exceptuados de la obligación de obtener autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional los extranjeros que estén incluidos en el artículo 41 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al cumplir las siguientes condiciones:

a) Técnicos, investigadores y científicos extranjeros, invitados o contratados por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las universidades, los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y el desarrollo de la investigación promovido o participado mayoritariamente por las anteriores.

Tendrán esta consideración los profesionales que por sus conocimientos, especialización, experiencia o prácticas científicas sean invitados o contratados por una de las Administraciones citadas para el desarrollo de una actividad o programa técnico, científico o de interés general.

Esta circunstancia quedará acreditada con la presentación de la invitación o contrato de trabajo, suscritos por quien tenga atribuida la representación legal del órgano correspondiente, donde conste la descripción del proyecto y el perfil profesional que se requiere para su desarrollo.

b) Profesores, técnicos, investigadores y científicos extranjeros invitados o contratados por una universidad española. Se considera como tales a los docentes extranjeros que sean invitados o contratados por una universidad española para desarrollar tareas docentes, de investigación o académicas.

Esta circunstancia quedará acreditada con la presentación de la invitación o contrato de trabajo para el ejercicio de dichas actividades, suscritos por quien tenga atribuida la representación legal de la universidad española correspondiente.

c) Personal directivo o profesorado extranjero de instituciones culturales o docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas. Podrán beneficiarse de la excepción los extranjeros en quienes concurren las circunstancias siguientes:

1a Ocupar puestos de dirección, de docencia o de investigación y limitar su ocupación al ejercicio de la indicada actividad en instituciones culturales o docentes extranjeras radicadas en España.

2a Cuando se trate de instituciones culturales o docentes dependientes de otros Estados, deberán desarrollar en España su actividad de forma que los estudios cursados, programas desarrollados y los títulos o diplomas expedidos tengan validez y sean reconocidos por los países de los que dependan.

3a Si se trata de instituciones privadas extranjeras, se considerará acreditado el prestigio cuando la entidad y las actividades realizadas hayan sido oficialmente reconocidas y autorizadas por las autoridades competentes, y los títulos o diplomas que expidan tengan validez y reconocimiento por los países de los que dependan.

Estas circunstancias quedarán acreditadas con la presentación de la documentación que justifique la validez en el país de origen de los títulos o diplomas expedidos en España, del contrato de trabajo, o designación para el ejercicio de actividades de dirección o docencia. Y, en el caso de las entidades privadas, también de la documentación que justifique su reconocimiento oficial en España.

d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.

Esta situación quedará acreditada con la presentación del certificado emitido por la Administración estatal extranjera competente y la justificación de tales aspectos.

e) Corresponsales de medios de comunicación extranjeros. Tendrán esta consideración los profesionales de la información al servicio de medios de comunicación extranjeros que desarrollen su actividad informativa en España, debidamente acreditados por las autoridades españolas, ya sea como corresponsales ya sea como enviados especiales.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

f) Miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por la Administración, estatal o autonómica, competente.

Tendrán esta consideración los extranjeros que formen parte de una misión científica internacional que se desplace a España para realizar actividades de estudio o investigación programadas por un organismo o agencia internacional, y autorizadas por las autoridades competentes.

g) Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada. Estarán incluidas en este supuesto las personas que, de forma individual o colectiva, se desplacen a España para realizar una actividad artística, directamente ante el público o destinada a la grabación de cualquier tipo para su difusión, en cualquier medio o local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos o actuaciones de tipo artístico. Las actividades que se realicen no podrán superar cinco días continuados de actuación o veinte días de actuación en un período inferior a seis meses.

Esta situación quedará acreditada con la presentación del contrato para el desarrollo de las actividades artísticas y de una relación de las autorizaciones o licencias que se exijan para el desarrollo de las mismas que indique la situación en la que se encuentran los trámites para su consecución, incluyendo, en su caso, las certificaciones de solicitud antes los organismos correspondientes.

h) Ministros religiosos y miembros de la jerarquía de las diferentes iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como religiosos profesos de órdenes religiosas. Tendrán esta consideración las personas en quienes concurran los siguientes requisitos:

1 Que pertenezcan a una iglesia, confesión, comunidad religiosa u orden religiosa que figure inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

2 Que tengan, efectiva y actualmente, la condición de ministro de culto, miembro de la jerarquía o de religioso profeso, por cumplir los requisitos establecidos en sus normas estatutarias.

3 Que las actividades que vayan a desarrollar en España sean estrictamente religiosas o, en el caso de religiosos profesos, sean meramente contemplativas o respondan a los fines estatutarios propios de la orden; quedan expresamente excluidas las actividades laborales que no se realicen en este ámbito.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

4 Que la entidad de la que dependan se comprometa a hacerse cargo de los gastos ocasionados por su manutención y alojamiento, así como a cumplir los requisitos exigibles de acuerdo con la normativa sobre seguridad social.

El extremo indicado en el párrafo 1o se acreditará mediante certificación del Ministerio de Justicia; los expresados en los párrafos 2o a 4o, se acreditarán mediante certificación expedida por la entidad, con la conformidad del Ministerio de Justicia y la presentación de copia de los Estatutos de la orden.

Quedan expresamente excluidos de este artículo los seminaristas y personas en preparación para el ministerio religioso, aunque temporalmente realicen actividades de carácter pastoral, así como las personas vinculadas con una orden religiosa en la que aún no hayan profesado, aunque realicen una actividad temporal en cumplimiento de sus estatutos religiosos.

i) Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos y organizaciones empresariales reconocidos internacionalmente, siempre que su actividad se limite estrictamente al desempeño de las funciones inherentes a dicha condición.

j) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por una entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

Esta situación quedará probada con la acreditación de que la entidad citada ejerce la tutela del menor y la presentación por parte de ésta de la propuesta de actividad que favorezca la integración social del menor.

PROPUESTA

No se mencionan a los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad como en el anterior Reglamento. No queda claro si es necesario incluirlos o ya no... en caso de no estar claro. Inclusión.

Artículo 116. Procedimiento.

1. En el caso de que no sea residente en España, y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a noventa días, el extranjero deberá solicitar el correspondiente visado de residencia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia, acompañando a la solicitud la



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

documentación que proceda para cada uno de los supuestos de excepción a la autorización de trabajo previstos en el artículo 115.

PROPUESTA

Nueva redacción del párrafo 1 del apartado 1

1. En el caso de que no sea residente en España, y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a noventa días, el extranjero deberá solicitar el correspondiente visado de residencia ante misión Diplomática u oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia, acompañando a la solicitud la documentación que proceda para cada uno de los supuestos de excepción a la autorización de trabajo previstos en el artículo 115. La misión Diplomática u oficina consular la registrará la solicitud y entregará al interesado comunicación de inicio de procedimiento o en su caso, resolverá la inadmisión a trámite.

Dicha solicitud la deberá de realizar el extranjero personalmente salvo que existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad, o cuando se trate de un menor, de acuerdo con lo previsto por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000

En el supuesto de que no se presenten los documentos exigidos, la misión diplomática u oficina consular requerirá al interesado y le advertirá expresamente que, 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

MOTIVACIÓN

Mejora técnica

Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 c) y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a lo establecido en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000

La oficina consular verificará la excepción y tramitará el visado de residencia conforme a lo dispuesto en el artículo 48, si bien se reducirá el plazo previsto en



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

el apartado 4 de dicho artículo a siete días, y se deberá considerar la ausencia de respuesta como resolución favorable.

Cuando el extranjero no sea residente en España y la duración prevista de la actividad no sea superior a noventa días, deberá solicitar, cualquiera que sea su nacionalidad, el correspondiente visado de estancia ante la Misión diplomática u Oficina consular española en cuya demarcación resida. En estos casos, el procedimiento aplicable a la solicitud de visado será el previsto para la tramitación de visados de estancia de corta duración, debiendo acreditar el extranjero que reúne las condiciones para su inclusión en uno de los supuestos descritos en el artículo anterior.

La expedición del visado de estancia previsto en el párrafo anterior será comunicada, a través de la aplicación informática correspondiente, a la Oficina de Extranjería de la provincia donde se vaya a desarrollar la actividad. Las solicitudes de prórroga de estancia se regirán por lo previsto en el artículo 34 de este Reglamento. La duración total de la estancia y sus posibles prórrogas no podrá ser en ningún caso superior a noventa días.

2. En el caso de que sea residente en España, el extranjero deberá solicitar el reconocimiento de la excepción, y alegar que reúne estas condiciones, ante la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia donde se inicie la actividad, aportando la documentación que lo justifique.

Esta situación se entenderá denegada si en el plazo de tres meses la Subdelegación o Delegación del Gobierno no se pronuncia sobre ella. La Oficina de Extranjería podrá solicitar la presentación de la documentación adicional que se estime pertinente para acreditar que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 115, así como los informes que sean precisos a otros órganos administrativos.

3. La vigencia del reconocimiento de la excepción se adaptará a la duración de la actividad o programa que se desarrolle, con el límite máximo de un año en el reconocimiento inicial, de dos en la primera prórroga y de otros dos años en la siguiente prórroga, si subsisten las circunstancias que motivaron la excepción.

4. El hecho de haber sido titular de una excepción de autorización de trabajo no generará derechos para la obtención de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 117. Efectos del visado.

1. Una vez recogido, en su caso, el visado, el trabajador deberá entrar en el territorio español, de conformidad con lo establecido en el título I, durante la vigencia de éste, no superior a tres meses.

2. El visado incorporará la autorización inicial de residencia con la excepción a la autorización de trabajo, cuya vigencia comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada, y así se haga constar en el visado, pasaporte o título de viaje.

En caso que el extranjero ya tuviera la condición de residente en España, la vigencia de la exceptuación de autorización de trabajo comenzará en la fecha de la resolución por la que haya sido concedida.

3. En caso de concesión de autorizaciones de vigencia superior a seis meses, el trabajador deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes desde su entrada legal en territorio español y ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la tarjeta de identidad de extranjero. En caso que el extranjero ya tuviera la condición de residente en España, dicho plazo será computado desde la fecha de notificación de la resolución de concesión de la exceptuación de la autorización de trabajo.

Capítulo X. Residencia temporal del extranjero que ha retornado voluntariamente a su país

Artículo 118. Ámbito de aplicación.

1. Lo previsto en el presente Capítulo será de aplicación al extranjero que, siendo titular de una autorización de residencia temporal:

a) Se acoja a un programa de retorno voluntario impulsado, financiado o reconocido por la Administración General del Estado; o

b) Retorne voluntariamente a su país de origen, al margen de programa alguno.

2. En cualquier caso, lo previsto en este capítulo se entenderá sin perjuicio del derecho de los extranjeros residentes en España a salir de territorio español y regresar a éste durante la vigencia de su autorización de residencia, sin más limitaciones que las establecidas de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y las derivadas de la posible extinción de su autorización tras un determinado periodo de ausencia de territorio español, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 119. Compromiso de no regreso a territorio español.

1. Finalizada la vigencia de su compromiso de no regreso a territorio español, el extranjero podrá solicitar, o podrá solicitarse a su favor, una autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento en función del tipo autorización que desee obtener.

En caso de que el programa de retorno voluntario no establezca un periodo de compromiso de no regreso a España o si el extranjero retorna a su país de origen al margen de programa alguno, la solicitud de autorización de residencia temporal o residencia temporal y trabajo de acuerdo con lo establecido en este capítulo podrá ser presentada transcurridos tres años desde la fecha del retorno a su país de origen. Este plazo podrá ser modificado por Orden del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

PROPUESTA

De modificación

En caso de que el programa de retorno voluntario no establezca un periodo de compromiso de no regreso a España o si el extranjero retorna a su país de origen al margen de programa alguno, la solicitud de autorización de residencia temporal o residencia temporal y trabajo de acuerdo con lo establecido en este capítulo, podrá ser presentada transcurrido el plazo de vigencia de la que fuera su autorización de residencia en el momento de la renuncia.

MOTIVACION

No puede dejarse a voluntad del ejecutivo la imposición del periodo de carencia para optar a la recuperación de la autorización de residencia, ya que causa inseguridad jurídica para el extranjero y puede hacer decaer la decisión del retorno por la inconcreción de dicha circunstancia. Entendemos que se ajustaría más a la realidad el no establecimiento de temporalidad alguna, ya que ésta puede venir dada por el tipo de retorno al que el extranjero desee acogerse.

3. A efectos de control de la fecha del retorno, el extranjero, cualquiera que sea el programa de retorno voluntario al que se haya acogido o de no haberse acogido a ninguno, deberá comparecer personalmente en la representación diplomática o consular española en el país de origen, entregando su tarjeta



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

de identidad de extranjero en vigor. 3. En caso de que el extranjero haya regresado a su país de origen en base a un programa de retorno voluntario que no implique su renuncia a la situación de residencia de que fuera titular, o de no haberse acogido a ningún programa, el extranjero, a efectos de que le resulte de aplicación lo previsto en este capítulo, habrá de renunciar, expresamente y por escrito a su autorización de residencia, en el momento en comparezca en la representación diplomática o consular española en su país de origen para acreditar su retorno.

Propuesta de modificación:

“2. A efectos de control de la fecha del retorno, el extranjero que haya regresado al amparo de un programa de retorno que implique un compromiso de no regreso a territorio español, deberá comparecer personalmente en la representación diplomática o consular española en el país de origen, entregando su tarjeta de identidad de extranjero en vigor.”

Motivación de la modificación:

por coherencia legislativa y según lo mencionado en los apartados anteriores.

4. La representación diplomática o consular española ante la que el extranjero entregue su tarjeta y renuncie a su autorización de residencia entregará a éste un documento en el que consten ambas actuaciones y la fecha en la que se han producido.

Artículo 120. Autorizaciones de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo.

1. No resultará de aplicación el requisito relativo a la consideración de la situación nacional de empleo en los procedimientos sobre autorizaciones en los cuales éste fuera generalmente exigible, cuando el extranjero a cuyo favor se soliciten éstas se encuentre incluido en el supuesto previsto en el artículo 118.1.a).

PROPUESTA

suprimir “en el supuesto previsto en el artículo 118.1a)” y substituir por “en los supuestos previstos en el artículo 118.1 a) y 118.1 b)”.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Motivación de la modificación: no tiene ningún sentido que la persona que se ha acogido a un programa de retorno voluntario impulsado, financiado o reconocido por la Administración General del Estado, que normalmente supone un coste para la Administración española, tenga más ventajas que la persona que retorna a su país asumiendo personalmente todos sus costes.

2. En el marco de la gestión colectiva de trabajadores en origen, podrán ser presentadas ofertas de carácter nominativo a favor de los extranjeros que se hubieran acogido al programa de retorno voluntario o hubieran regresado a su país al margen de un programa en los términos previstos en este capítulo, siempre que con ello hubieran renunciado a la titularidad de una autorización de residencia temporal y trabajo.

Igualmente, las autoridades españolas competentes realizarán las actuaciones necesarias para que dichos extranjeros sean preseleccionados en los procedimientos desarrollados en su país de origen a los que concurren, siempre que reúnan los requisitos de titulación, capacitación o cualificación necesarios para el desempeño de la ocupación de que se trate.

3. Los procedimientos de solicitud de una autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo derivados de lo previsto en este capítulo serán objeto de tramitación preferente. El plazo máximo para la resolución y notificación será de cuarenta y cinco días desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su resolución.

4. La situación de residencia temporal del extranjero se entenderá continuada, a los efectos de acceso a la situación de residencia de larga duración, sin bien dicho cómputo no incluirá el tiempo transcurrido desde el retorno voluntario del extranjero a su país de origen o país de anterior residencia, hasta la concesión de la nueva autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo.

PROPUESTA

añadir detrás de "residencia de larga duración" "y nacionalidad española".

Motivación de la modificación:

- Por coherencia legislativa. Por supuesto, ello conllevará la necesaria modificación del Código Civil.
- Si lo que se pretende en este capítulo es dar facilidades para el retorno al país de origen de aquellas personas que no están trabajando en



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

España, tal como ha manifestado en diversas ocasiones la Secretaria de Estado, el hecho de que los años previos de residencia legal en España no computen a efectos de adquisición de la nacionalidad española, desincentiva el retorno, sobretodo en el caso de los nacionales de aquellos países a los que se exige 10 años de residencia legal y continuada.

5. Lo previsto en este artículo resultará de aplicación una vez transcurrido el plazo de compromiso de no regreso a España, asumido por el extranjero en el marco del programa de retorno voluntario a su país de origen.

5. AL TÍTULO VI. LARGA DURACIÓN

El Reglamento viene a incorporar el contenido de la **Directiva 2003/109/CE del Consejo**, relativo al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, y las distintas Instrucciones dictadas en los últimos años por la Dirección General de Inmigración concretadas en:

- **Instrucción DGI/SGJR/04/2009**, de 23 de Abril de 2009.
- **Instrucción DGI/SGJR/05/2009**, de 10 de Junio de 2009, complementaria de la anterior.
- **Instrucción DGI/SGJR/09/2009**, de 14 de Diciembre de 2009, para adaptarse a la L.O. 2/2009.
- **Instrucción DGI/SGJR/01/2010**, de 29 de Septiembre de 2010, aclaratoria del art. 8.2 de la Directiva, en cuanto a renovación de TIE.

Ahora bien en el Borrador observo algunas cuestiones que entiendo **PODRÍAN REIVINDICARSE** se incluyeran en el texto definitivo.

5.1 Existencia de distintos plazos máximos de ausencias del territorio español para su concesión:

El **ART. 145.2. borrador** prevé para la concesión de la Residencia Larga Duración un plazo máximo de ausencias del territorio español de **seis meses continuados o diez meses en el plazo de 5 años**.

Además de este plazo , en la regulación de **larga duración UE** se detectan dos plazos distintos más en **el art. 149**:



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Por motivos laborales : ausencias de 6 meses continuados y **hasta 1 año** en el cómputo de los 5 años.

Titulares tarjeta azul UE: ausencias de hasta un año consecutivo y **18 meses** en 5 años.

La existencia de tres plazos distintos no parece tener justificación, aunque el enfoque es laboral, y da un trato más favorable a los trabajadores altamente cualificados titulares de la tarjeta azul UE, los periodos debieran unificarse y adaptarse a los problemas funcionales que plantea no solo la redacción del borrador sino del actual Reglamento.

La propuesta es el más favorable que es el previsto en el art. 149 para los titulares de la tarjeta azul UE , es decir permitir la concesión con ausencias de seis meses continuados , y hasta 18 meses en el cómputo de 5 años.

Y articular una residencia temporal , para quienes hayan ido renovando sus autorizaciones temporales, al no haber excedido los seis meses por año fuera del territorio español, pero que sin embargo no cumplan el requisito concreto respecto de las ausencias para la concesión de la Residencia de Larga Duración, y ello para evitar la irremediable caída en situación de irregularidad, y ello sin perjuicio de vincular esta posibilidad al informe de integración, en los términos previstos en el art. 71.4 del Borrador (esfuerzo de integración, participación en acciones formativas, etc..)

Asimismo establecer supuestos concretos en que podrían superarse esos plazos máximos de ausencias, como cumplimiento de obligaciones y compromisos militares, enfermedades propias o de familiares, por motivos laborales, y otros supuestos excepcionales que puedan valorarse caso a caso por la propia Administración. Artículo 4.3 de la Directiva hace referencia a estos supuestos

Los plazos de estancia fuera de España para la concesión de la Larga Duración van a suponer la **irregularidad sobrevenida** de muchos extranjeros, que han ido renovando sus autorizaciones temporales, y permitiéndoseles ausencias de España inferiores a 30 meses en los cinco años, y a la hora de solicitar Larga duración, superan con creces los 10 meses que propone el Borrador. Debiera preverse alguna alternativa para estos supuestos.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

5.2 Extinción de la residencia de Larga duración

En el art. 159.2.c) el Borrador sigue manteniendo el criterio del actual reglamento que prevé la extinción de la Residencia Temporal cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año.

Para la extinción de las temporales, se exige la permanencia fuera de España durante más de seis meses.

Nos vamos a encontrar con varios supuestos anómalos:

- Que se cumplan con los requisitos de ausencias de LD UE (12 meses) y no de LD.(10 meses)
- Que se hayan ido renovando la temporales anteriores, al no haber permanecido fuera de España más de seis meses en un periodo de un año. Por lo que podría ir renovando sin problemas permaneciendo en España 6 meses por año, al solicitar la Larga Duración llevaría 2 años y medio y no cumpliría los requisitos de Larga Duración, y quedar en situación de irregularidad.
- Debería de configurarse una autorización temporal para estos casos. No es coherente exigir menos a las primeras renovaciones y cumpliendo los mismos requisitos caer irremediamente en situación de irregularidad. La realidad social impone la necesidad de no engordar las cifras de personas en situación documental irregular.

Cabría incluir un apartado que permitiera la renovación temporal por otros dos años en caso de no concurrir los requisitos necesarios para la LARGA DURACIÓN, pero si para renovar conforme al art. 71 y demás relativos a las renovaciones temporales.

Para la extinción de la Residencia de Larga Duración el art. 163 del Borrador suprime parte de la regulación actual del reglamento “ o más de 30 meses en el cómputo global de cinco años de residencia” que preveía el art. 76 d) del actual Reglamento.

Redacción bastante confusa del art. 163.1, párrafo 2º entiendo existe una errata y cuando dice que será causa de extinción la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos, no siendo dicha circunstancia aplicable a los titulares de autorización de residencia temporal y trabajo .



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

O bien donde dice temporal debe decir larga duración, o se ha omitido que sea titular de autorización de residencia temporal y trabajo en otros país UE.

Argumento jurídico: Como antecedente en el considerando (6) de la Directiva 2003/109/CE se hace referencia a que hay que contemplar cierta **flexibilidad** en función de las circunstancias que **puedan impulsar a una persona a salir temporalmente del territorio**.

5.3 Silencio positivo

La desaparición del silencio positivo entiendo queda solventada con la Disposición Adicional Primera 2º, LOEX, que regula el silencio positivo en las solicitudes de autorización de residencia de larga duración.

Veo disfunción en los plazos de resolución según se trate Larga Duración (tres meses) y Larga Duración UE (45 días), en la regulación de LD UE si viene expresamente regulado el efecto del silencio, que es favorable.

Convendría incluir que la solicitud de la Larga duración en plazo prorroga la validez de la anterior autorización hasta tanto sea resuelta, y en coherencia con la redacción introducir expresamente el sentido del silencio, y unificar plazos.

5.4. Novedades: art. 149. Se computan al 50% las estancias por estudios

5.5 RESPECTO A LA CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES :

Argumento jurídico: En el considerando (8) de la Directiva 2003/109/CE cuando se refiere a la adquisición y conservación del estatuto de larga duración dice que el nacional del tercer país no debe constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública, haciendo referencia a que **el concepto de orden público puede incluir una condena por la comisión de un delito grave**. Conforme a nuestro Código Penal delito grave es aquel que la ley castiga con pena grave, por ello de conformidad con los arts. 13.1 y 33.2 del Código Penal, estaríamos hablando de delitos con penas superiores a cinco años de prisión.

Por otra parte el concepto de orden público según **STS de 23 de septiembre de 2004** debe entenderse como los actos contrarios al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, manifestándose en este mismo sentido otras muchas sentencias . EL Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 19 de marzo de 2000 siguiendo su propia doctrina (Sentencia 28 de octubre de 1997), el concepto de orden público y refiere que



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

puede invocarse, 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 restringir la estancia y sólo cuando se evidencie 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 .

Por tanto no puede ser un requisito insalvable la carencia de antecedentes penales para la concesión de la Residencia de Larga Duración, y entiendo debería incluirse una clausula que permita su concesión previa valoración circunstanciada de las circunstancias del ciudadano en cuestión, tal como se hace con las renovaciones temporales.

O incluso solicitar se incluya, que no será obstáculo salvo que el extranjero haya sido condenado por delito grave, sin perjuicio de la concesión de una temporal.

La exigencia sin condiciones de carencia de antecedentes penales para la residencia Larga duración, puede suponer engrosar e incrementar de forma indeseable el número de irregulares, pero también en un gran número de casos de inexpulsables, dado el evidente arraigo tras muchos años en España con familia y demás circunstancias, y además sin posibilidad de reengancharse a una residencia inicial por arraigo, dado que en esta si es claro e inexcusable la carencia de antecedentes penales.

El artículo 6 de la Directiva también se refiere a esto de forma expresa y con carácter potestativo (ni siquiera imperativo) "Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública. De ahí se desprende que cabe la concesión de la Larga Duración con antecedentes. El art. 9.3 y 13 de la Directiva avalan esta postura.

5.6 LARGA DURACION 2 (Autorización autónoma)

El considerar la Autorización de larga duración como autorización autónoma, (sin considerarlo como renovación de un anterior -2º renovación) reproducirá los problemas que se están dando actualmente que es el siguiente:

Quien es poseedor de una ATR 2º renovación y solicita LD, y al no considerar a aquella como renovación de esta, no se le prorroga la validez de su ATR 2º renovación, quedándose extinguida la misma, y no podría seguir trabajando



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

hasta que se resuelva la LD (incluso no podría seguir trabajando, ni cotizar, y si está trabajando, debería darse de baja hasta la resolución

Posible solución: Algo parecido a lo establecido en el art 196.4 a) de autorización provisional hasta la respuesta

En todo caso, dar también la oportunidad de pasar de la ATR 2º renovación a seguir renovando la temporal y que no sea obligatorio solicitar la LD, sino seguir con temporales, a elección del extranjero

6. AL TÍTULO XI: Menores extranjeros no acompañados.

NOTA: Es preciso poner de relieve las deficiencias detectadas en la redacción, debiéndose mejorar el estilo de redacción, evitando expresiones como “en base a”, que deben ser sustituidas por las preposiciones “según, conforme a, ...”.

CAPITULO I. RESIDENCIA DEL HIJO DE RESIDENTE.

ARTÍCULO 182 REX:

_ Punto 3, apartado 2º: No se debe exigir para la renovación de la autorización de residencia de un hijo nacido en España de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar, que se reúnan los requisitos exigidos para la autorización de residencia por reagrupación familiar. Entendemos que el supuesto de renovación es sencillo; si el progenitor renueva su autorización de residencia por reagrupación familiar, también su hijo.

_ Punto 4: Entendemos que es un error que se sigan los trámites y el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados. Se deberán seguir lo trámites para las renovaciones de residencia de los familiares reagrupados. Es decir, cuando sus padres renueven, los hijos menores renovarán.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 183 REX:

_ Punto 1: Somos contrarios a la penalizar a un menor con dos años de residencia irregular. Entendemos que este periodo de carencia debe ser eliminado.

_ Punto 3: Debe ser revisado el párrafo in fine de este punto: "En caso de que la autorización derive de un vínculo con ciudadano comunitario, su duración será de cinco años". Entendemos que este supuesto sólo se puede aplicar al caso de un menor que esté bajo tutela de un ciudadano español o comunitario, debiéndose limitar el supuesto a este caso.

CAPITULO II. DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE MENORES EXTRANJEROS.

Artículo 184:

_ Punto 1: Se ha de tener en cuenta que en muchas ocasiones los tratamientos médicos se alargan meses e incluso años; además, se ha de considerar que los postoperatorios, la medicación necesaria no puede ser soportada ni asumida económicamente por su familia, a parte de su aceptación familiar y social en el país de acogida. Por ello, se debe articular una autorización de residencia por razones médico-humanitarias superior a 3 meses para este tipo de situaciones, que se pueda renovar si así lo aconsejan razones médicas.

CAPÍTULO III: MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.

_ Manifestamos nuestra profunda preocupación porque se continúa quebrantando el principio del interés superior del menor, prevaleciendo el mantenimiento del orden público de extranjería sobre el *estatuto del menor*, que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional es, "sin duda, una norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos"³.

³ Sentencia nº 141/2000 del TC señala que cuando se trata de menores: «... no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3- 0172/1992)



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

_ Todas las Administraciones han de respetar en todo momento el “interés superior del menor”⁴, que es el derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo, la no discriminación y el respeto por el derecho de los niños a expresar sus opiniones y a ser escuchados en todos los asuntos que les afecten según su edad y nivel de desarrollo⁵. El interés superior del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir⁶, convirtiéndose en principio rector de las Administraciones públicas en materia de menores de edad⁷ y al que deben servir con plena objetividad⁸, debiendo ser observado en el ordenamiento jurídico español⁹.

_ Artículo 186. párrafo 2º: **“El contenido de este capítulo deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los artículos 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional”, se ha de modificar aclarando que si el MENA cumple con los requisitos señalados en los artículos 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional, se les aplicará en la medida que les beneficie dentro del marco de la protección del menor.**

_ En cuanto a la **determinación de la edad**¹⁰, el párrafo 1º y 2º del artículo 187.1 establece que el MENA será “entregado” a los servicios de protección de

de 8 de julio que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (...) el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE y muy en particular en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.»

⁴ Artículo 3 de la Convención ONU de los Derechos del Niño de 1989 y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵ Artículo 12 de la Convención ONU de los Derechos del Niño de 1989.

⁶ Artículo. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor

⁷ **Artículo art. 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor.**

⁸ Art. 103 CE

⁹ **Auto de 28/2001, de 1 de febrero de 2001, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional**

¹⁰ **Artículo 35, párrafo 3º de la LOEX:** «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

menores cuando su minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física. Entendemos que de ha de modificar:

- la expresión “entregado” ha de ser modificada por la de “puesta a disposición de”.
- Detectado un extranjero por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de cuya minoría de edad se duda, en tanto se comprueba si tiene los años suficientes para adquirir la mayoría de edad, ha de ser considerado menor y ha de ser tratado como si lo fuera, ya que le ampara un principio de presunción “iuris tantum” de minoridad. Así nos evitaremos que MENAS sean detenidos, internados en CIES, ...etc..

Por coherencia, ha de ser también modificado o suprimido el artículo 187.3: “**Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisará atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores**”. Si hablamos de menor o presunto menor esta atención se le ha de dispensar desde un principio por los citados servicios autonómicos.

_ El párrafo 3º del artículo 187.1 ha de ser modificado:

- Proponemos su unificación con el párrafo 4º con esta redacción: “Con carácter inmediato, la localización del menor o del posible menor se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente por razón del territorio donde ése se encuentre”.

_ El párrafo 4º del artículo 187, se han de diferenciar tres situaciones:

1ª SITUACION.- Se puede **determinar de forma indubitada la minoría de edad de la persona detectada** a través de documentos que acrediten su edad (pasaporte, certificado de nacimiento, cédula de identidad... etc), a través de la anotación sobre el mismo menor en el Registro de MENAS que regula el artículo 212 RELOEX, .o a través de posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección¹¹.

2ª SITUACION.- Si no fuera posible la determinación de la edad de esta persona, el Ministerio Fiscal ha de disponer el inicio del

¹¹ Artículo 35, párrafo 10, de la LOEX.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

procedimiento para su determinación mediante resolución motivada que adoptará forma de decreto¹².

Ha de tenerse en cuenta:

- _ La importancia de que sea asistido de intérprete en todo momento.

- _ En este procedimiento para la determinación de la edad, suelen colaborar las instituciones sanitarias públicas que son las que realizan, con carácter urgente y prioritario, las pruebas médicas necesarias, y se ha de respetar la dignidad de la persona.
- _ Como suponen una intervención corporal leve, pueden ser acordadas directamente por el Ministerio Fiscal, y pueden realizarse siempre que se cuente con el consentimiento del menor para su práctica.

- _ Se le debe informar en lengua comprensible para el menor respecto a la finalidad y tipo de pruebas a que va a ser sometido y de las consecuencias jurídicas derivadas de la misma al tratarse de pruebas que afectan, de manera directa, a la esfera de sus intereses personalísimos: así como de los recursos legales que puede plantear contra las mismas y de cómo solicitar asistencia jurídica gratuita.

- _ La conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras realizan las pruebas supone una situación de privación de libertad que debe prologarse en el menor tiempo posible¹³.

- _ En el supuesto de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Ministerio Fiscal debe desplegar la siguiente actividad¹⁴:

¹² Según las Conclusiones 2 y 3 de la Circular 2-2006 de la Fiscalía sobre diversos aspectos de los extranjeros en España. Además, hemos de destacar, por su interés en el ámbito de la determinación de la edad y sus consecuencias, las siguientes instrucciones y circulares del Ministerio Fiscal: Instrucción 2-2001, 28 de junio, acerca de la interpretación del artículo 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la Circular 3-2001 de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería; y la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

¹³ Conclusión 3ª de la Consulta Nº 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los MENAS.

¹⁴ Conclusión 4ª, 5ª y 6ª de la Consulta Nº 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los MENAS.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

1º.- Le informará personalmente de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, en lengua comprensible para el menor, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba.

2º.- Oirá al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas.

3º.- Si persiste la negativa del menor a realizar cualquier tipo de pruebas, el fiscal no puede imponer su práctica a la fuerza, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor.

4º.- Valorará esta negativa, junto con el resto de datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad, indicio no determinante porque se ha de evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso.

_ La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados normalmente consiste en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada con un modelo preestablecido, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos. El método que cuenta con más difusión se llama Greulich y Pyle, aunque también se utilizan otros muy similares. Esta determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad, ya que adolece de un serio riesgo de sobreestimación o subestimación de la edad biológica. Esto se debe a que los estándares de comparación son antiguos y se realizaron para descubrir patologías relacionadas con el crecimiento y otras finalidades distintas de las que se persiguen ahora. A lo que hay que añadir que se hicieron tomando como muestra población de raza blanca, normalmente de origen inglés o estadounidense y de familias acomodadas, cuando está demostrado que las malas condiciones de vida afectan al proceso de maduración ósea y que ésta no se produce a la misma velocidad en todas las razas¹⁵. De ahí que se recomiende emplear conjuntamente varios métodos de diagnóstico médico para la determinación de la edad de los menores extranjeros¹⁶:

¹⁵ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia 202/2010 del Juzgado Primera Instancia nº 28 de Madrid, de 4 de mayo de 2010.

¹⁶ Informe del Justicia de Aragón sobre los procedimientos existentes para determinar la edad de los menores inmigrantes.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

1º.- Examen médico general: en éste se especificarán peso y talla del sujeto, biotipo e índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual y conclusiones del examen médico general, describiendo cualquier tipo de signo sugestivo de una condición patológica que pudiera interferir con el ritmo madurativo del menor.

2º.- Estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda.

3º.- Examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental. Este examen estaría orientado a definir condiciones patológicas que pudieran alterar el ritmo de maduración dental y a valorar el estado de maduración y mineralización dentales

4º.- En aquellos casos dudosos con los estudios anteriormente recomendados y en los casos que se solicitan estimaciones de edad entre los 18 y los 21 años, se recomienda el estudio radiográfico de la extremidad proximal de la clavícula.

_ Nada se dice en la redacción del artículo 187 que estas pruebas médicas se deberían efectuar con el asesoramiento de expertos independientes y tecnología moderna que incluya una combinación de pruebas físicas, sociales y psicológicas¹⁷, y han de tener el carácter de cautelar. Como tienen un margen de error considerable, el arco de edades posibles ha de tomar en consideración, como mínimo, unos dieciocho meses de riesgo de sobreestimación de la edad y, de entre este arco de edades, habrá que estar siempre a la inferior, pues es lo que en general, satisface el interés de menor. Por tanto, siempre deberá tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas¹⁸.

3ª SITUACION.- En caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento –especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque , aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otros documentos o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por el Ministerio Fiscal (y sólo por éste) por el que se acuerde

¹⁷ Recomendación efectuada en 2006 por la Defensoría del Pueblo sobre responsabilidades de las Administraciones públicas respecto a los menores no acompañados.

¹⁸ Declaración de Defensoría del Pueblo sobre responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto de MENAS 2006 (en materia de determinación de la edad).



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

una nueva determinación de su edad¹⁹. Antes de efectuarse ésta, deberá solicitarse la remisión de una copia de las actuaciones practicadas por el órgano territorial del MF que actuó en primer término. Este nuevo decreto habrá de estar suficientemente motivado, y en el mismo se han de exponer detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión²⁰.

Ha de tenerse en cuenta que la carga de probar la inexactitud de la fecha de nacimiento incorporada a los documentos que presentan indicios de falsedad corresponde a la parte que niega su veracidad, es decir, a la Administración. Si no se formula tacha de inexactitud o impugnación expresa o tácita de la autenticidad de los anteriores documentos, bien por el cauce de nuestras normas procesales civiles²¹, bien por la vía de considerar que ha existido un delito de falsedad²², la única prueba que permitía desvirtuar la referida presunción de veracidad de la fecha de nacimiento citada es la prueba médica; pero al no poderse considerar en modo alguno definitiva, porque es sólo complementaria y permite el error, la presunción de veracidad de los documentos aportados por el menor no puede considerarse desvirtuada²³.

_ El artículo 187.5 debe ser ampliado en el sentido siguiente:

- ¿Cómo ha de ser esta información, verbal, escrita?.
- **Si** tras la valoración de todas las pruebas practicadas, se concluye que la **persona detectada es mayor de edad**, se le ha de informar en un idioma que comprenda de todos sus derechos, entre los que se encuentra el derecho a recurrir el Decreto que establece su mayoría de edad, el derecho a tener asistencia jurídica gratuita, cómo solicitarla, la normativa de protección internacional, etc..

_ Entendemos que es muy escueta la regulación del **artículo 187.4** relativa a la

¹⁹ **Conclusión nº 15 de las Conclusiones de Fiscales Especialistas en Extranjería:** “Jornadas en Oviedo 15-16 octubre 2009” y **Consulta 1/2009 de la FGE** da con posterioridad a la celebración de las Jornadas. Página Web FGE.

²⁰ Conclusiones 7ª, 8ª y 9ª de la Consulta Nº 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los MENAS.

²¹ Artículo 320 LECiv

²² Artículo 392 CP

²³ FD 5º Sentencia el Juzgado nº Uno de Santander, de 6 de mayo de 2004.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

PUESTA DEL MENOR A DISPOSICIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCION DE MENORES DE LA COMUNIDAD AUTONOMA²⁴.

Parece irrefutable que el Ministerio Fiscal mediante resolución motivada de carácter cautelar que adoptará, de igual modo, forma de decreto²⁵, pondrá al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores del territorio, iniciándose la apertura del correspondiente expediente de protección para la constatación del desamparo²⁶ y correlativa constitución de tutela legal. Aunque en la práctica, cada Servicio de Protección del Menor instruye, con sus particularidades, la determinación de la situación de desamparo ya que es una competencia transferida a las Comunidades Autónomas²⁷ y corresponde a la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores en el territorio de cada Comunidad Autónoma, la determinación de la existencia del desamparo²⁸ Es una situación de hecho que en la que quien tiene la guarda del menor (de existir) incumple los deberes de protección, viéndose privado el menor de la necesaria asistencia moral o material. La situación en la que se encuentra el menor extranjero no acompañado exige, en la mayoría de los casos, la constitución de una tutela por ministerio legal, previa tramitación de un procedimiento administrativo en el que se vele por los derechos y garantías que la Constitución y Tratados internacionales reconocen al menor extranjero no acompañado, en especial, en el ámbito del derecho fundamental de audiencia y defensa, a tenor del interés superior del menor²⁹. Tutela que ha de inscribirse en el Registro Civil.

²⁴ **Artículo 35. 4º LOEX:** «Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle ».

²⁵ Así lo prevén las **Conclusiones de la Circular 2-2006 de la Fiscalía General del Estado** en materia de extranjería.

²⁶ **Artículo 172.1 CC**

²⁷ En el marco establecido por el **artículo 148.1.20ª** y **artículo 149 de la Constitución**,

²⁸ **Artículo 172 del Código Civil** dispone que: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medias de protección necesarias para su guarda, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”.

²⁹ Artículo 39 CE, en relación con el artículo 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, el artículo 35 de la LOEX y el artículo 92 del REX.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

El texto del reglamento no aclara la situación ya que comienza el artículo 188 por hablarnos de tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, sin aclararlos los conceptos ni remitirnos a textos legales donde se fijan, incluyendo un orden a la hora de citarlos que tampoco se comprende³⁰. Es importante que se haga un esfuerzo esclarecedor de esta terminología y sus efectos jurídicos. La tutela se produce en realidad «ope legis» de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo³¹. Lo contrario supone favorecer el mantenimiento de los menores en una situación jurídica no definida, que les perjudica. Piénsese, por ejemplo, un menor que esté sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución española durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación el momento de la solicitud, puede solicitar la nacionalidad española (**artículo 22 C.Civil**).

Nada se nos dice en este capítulo de cómo se va a regular lo establecido en el **artículo 35, párrafo 11 LOEX**: Asumida la tutela por la Administración correspondiente, ésta podrá acudir al juez, para que éste atribuya la tutela del menor a una ONG o a una entidad, dedicada a la protección de menores, con las que previamente ha firmado convenios de colaboración³².

Tampoco se regula nada de lo previsto en el **artículo 35.12 de la LOEX** que prevé que las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración³³. Es importante su regulación reglamentaria ya que suponemos que esta previsión está pensada para dar solución a las situaciones originadas por el movimiento intraautonómico de los menores no acompañados, que teniendo la tutela de una Comunidad Autónoma, se encuentran acogidos de hecho por otras Comunidades Autónomas.

³⁰ No es lo mismo tutela legal (artículo 216, 217, 222, 234, 267 y 268 C.Civil) que guarda (artículos 299 bis, 303 C. Civil).

³¹ El art. 229 C. Civil señala que: estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya **guarda** se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

³² Artículo 35, párrafo 11, LOEX, en relación con artículo 172 CC, en relación con el artículo 103, 1ª CC y artículos 748 y ss LEC.

³³ Artículo 35.12 LOEX



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

_ GARANTIZAR EL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Nos preocupa especialmente que no se garantiza el acceso a la tutela judicial efectiva de la persona localizada,:

1.- Ni en la fase que es presuntamente menor. Es preciso tener presente que la finalidad de la realización de las pruebas médicas para la determinación de la edad de una persona, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, es su puesta a disposición de los servicios públicos de protección de menores de la Comunidad Autónoma competente territorialmente y el tratamiento jurídico derivado de dicha circunstancia. De ahí la importancia vital de contar con asistencia letrada independiente desde el momento en que el Ministerio Fiscal emita un decreto en el que se determine su edad, ya que deberá contar con asistencia jurídica que le posibilite recurrir ese decreto, si no le favorece, y así acceder a la tutela judicial efectiva.

2.- Ni en el momento en el que el menor resulta puesto a disposición de los servicios de protección de menores del territorio de la Comunidad Autónoma. Ha de tenerse en cuenta que las resoluciones administrativas que se adopten tendrán gran trascendencia para la vida del menor, por lo que deberán estar rodeadas de un máximo de garantías, ya que son generadoras de un claro conflicto de intereses entre el menor tutelado, los servicios de protección de menores, el Ministerio Fiscal y las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno. Así, se deberá pedir el consentimiento del menor para la realización de pruebas médicas, debiéndosele explicar su finalidad y consecuencias, dada la trascendencia jurídica que entrañan para su esfera personal etc., se iniciarán, en su caso, los trámites para la repatriación, se iniciarán o no los trámites de documentación del menor, se le pondrá en un recurso adecuado educativo y de formación, etc.. De ahí la necesidad de que el menor cuente con asesoramiento jurídico que vele con carácter especializado e independiente por el interés superior del menor³⁴.

_ Respecto al PROCEDIMIENTO DE REPATRIACION, debemos señalar:

1º.- Es confuso el acceso a la tutela judicial efectiva del menor en este procedimiento que ha de ser garantizada desde el mismo instante que se le incoe dicho procedimiento. **Ya hemos abogado por una asistencia jurídica gratuita integral del menor desde el mismo instante de su localización. El conflicto de intereses del menor con las Administraciones Públicas está**

³⁴ **Artículo 20.1 de la CDN** que dice que “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

servido desde ese instante. Establézcase el cauce para el nombramiento del defensor judicial desde ese momento, sin condicionarlo a la edad del menor. La redacción del artículo 190 parece venir a decir que si el menor tiene menos de 12 años “no tiene juicio suficiente” y no puede oponerse a resoluciones administrativas o judiciales que le perjudican.

2º.- Entendemos que es más adecuado garantizar el acceso del menor a la tutela judicial efectiva desde el momento de su localización ya que al menor (sea cual fuere su edad) se le han de notificar cuantas resoluciones y actuaciones administrativas afecten a sus derechos e intereses legítimos³⁵. En este sentido, la Resolución que ponga fin al procedimiento de repatriación, habrá de notificarse al menor en términos adecuados para que pueda revisar y hacer valer sus derechos e intereses³⁶ frente a una decisión que afecta, de manera directa, a la esfera de sus intereses personales. Sólo conociendo el contenido de la resolución podrá cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal³⁷. Este derecho a la tutela judicial efectiva forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. Al menor ³⁸ se le reconoce su capacidad para revisar judicialmente una decisión que afecta a su esfera personal³⁹, bien directamente⁴⁰, cuando sea mayor de 16 años, o, cuando fuere menor de 16 años, acudiendo al nombramiento de un defensor judicial⁴¹ (o representante legal) cuando exista un conflicto de intereses entre el menor y las Administraciones públicas, especialmente su tutor legal, a tenor de dicho procedimiento de repatriación.

3º.- En el punto 3 del Artículo 188, se dice que *“En caso de que dicho país no cuente con representación diplomática en España, el informe será solicitado a*

³⁵ Artículo 58.1 en relación con el artículo 93 de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC.

³⁶ Artículos 10. 1 y 11.1 de la LO 1/96, de 15 de enero

³⁷ Sentencia del TC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008.

³⁸ Artículo 35.6 LOEX: “A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la que quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente”.

³⁹ .ATC 372/2007, de 17 de septiembre

⁴⁰ Artículo 18 LJCA 29/1998, de 13 de julio

⁴¹ Artículo 299 a 302 CC, artículo 8 LEC y artículo 1811 y siguientes de la LEC de 1881



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios". No se especifica a quien se le va a pedir el informe.

El último párrafo de este punto se dice: *"De cada solicitud y actuaciones posteriores se dará cuenta a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y, en su caso, a la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios", pero no se especifica con qué finalidad.*

En el punto 5 del Artículo 188, se señala que: *"En la solicitud de informe se hará constar la necesidad de que, de decidir la representación diplomática del país de origen sustituir la información sobre la familia por la relativa a sus servicios de protección del menor, la contestación refleje expresamente el compromiso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad sobre el menor". A este respecto hemos de decir:*

1.- No se puede sustituir la información sobre la familia por la relativa a los servicios de protección del menor del país de origen. El objetivo es la reagrupación familiar. Si ésta no es posible, se habrán de valorar otras soluciones que tengan como fin el interés superior del menor.

2.- La puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, no se puede hacer sólo porque la autoridad competente del país envíe su compromiso por escrito, se ha de garantizar, sobre todo, que se dan las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos⁴².

4º.- La **información** que se le ha de dar al **menor** será por escrito y no se ha de limitar al acuerdo de incoación del procedimiento de repatriación y de sus antecedentes, sino que ha de abarcar: derecho a ser asistido de intérprete, derecho a solicitar el nombramiento de defensor judicial y derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita (artículo 189.2).

5º.- **Respecto del periodo de prueba, se establece en el punto 5 del artículo 190 que: "Asimismo, el Ministerio Fiscal emitirá informe, a la mayor brevedad posible, a cuyos efectos el instructor del procedimiento le remitirá la documentación que obre en el expediente". Suponemos que se remitirá la**

⁴² Artículo 35.5 LOEX, en relación con el artículo 92.4 RELOEX.

Declaración de la Red Europea de Defensores del Menor (ENOC, European Network of Ombudspersons for Children), instando a los países miembros del Consejo de Europa a tomar las medidas necesarias para asegurar los derechos de los menores no acompañados



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

documentación finalizado el período de prueba y recabados todos los informes oportunos. No queda claro este extremo.

6º.- El punto 2 del artículo 191 establece que *“La resolución establecerá si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen”*. Al respecto **hemos de señalar:**

1.- La expresión *“en base”* ha de ser sustituida por otra más correcta.

2.- El Comité de las Naciones Unidas ha señalado que cuando se adopte la medida repatriativa habrá que tener en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes⁴³:

1º.- La seguridad personal y pública, las condiciones socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país;

2º.- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor;

3º.- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho, así como las opiniones de las personas que le atienden;

4º.- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;

5º.- El derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares;

6º.- **La conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.**

7º.- **Se ha de modificar el párrafo 4º del punto 2 del artículo 191 en este sentido: “En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención al derecho que le asiste al menor de solicitar el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa”.**

⁴³ Observación General nº 6 (2005) del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Respecto al PROCEDIMIENTO DE DOCUMENTACION DE UN MENA, hemos de señalar:

1º.- ¿A qué se refiere el artículo 192 cuando se refiere a que le procedimiento relativo a la autorización de residencia de un MENA se iniciará “por orden superior”? Cuando se refiere a “instancia de parte”, ¿quiere decir por el menor o entidad que le tutele?

2º.- Cuando el menor no puede conseguir que le sea expedido pasaporte en vigor o título de viaje, le ha de ser solicitada la cédula de inscripción en el momento de la solicitud de la autorización de residencia, en aplicación del artículo 208, apartado 5º y 9º del REX (artículo 192.2).

3º.- Difícilmente va a poder el representante legal del menor solicitar la tarjeta de identidad cuando para realizar este trámite el menor ha de estampar las huellas. No es lo mismo esta solicitud que la solicitud de autorización de residencia que sí la podría realizar su representante legal, debiendo determinarse qué prueba de representación va a ser admitida en este trámite administrativo (artículo 192.3).

4º.- No se menciona qué tipo de autorización de residencia se le va a conceder al MENA y tampoco se motiva por qué se le conceden renovaciones anuales y no bianuales, como en el supuesto de residencia tipo (artículo 192.4 y 5). En el artículo 194 sí se menciona que cuando el menor ya mayor de edad va a renovar se le aplica el procedimiento de renovación de una autorización de residencia lucrativa temporal (artículo 194.2).

5º.- Nos preocupa la utilización que se hará en las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia del aspecto b) del punto 3 del artículo 194. Enfocar la inserción por este aspecto es peligroso y discriminatoria, además de poco realista, los MENA se caracterizan por su movilidad geográfica, al igual que los inmigrantes.

6º.- Cuando el menor haya cumplido los 16 años, es decir, esté en edad laboral, se le podrá exceptuar de la obtención de autorización de trabajo⁴⁴.

7º.- En cuanto al acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia (artículo 195), hemos de señalar que:

⁴⁴ Artículo 41, párrafo 1, letra j) de la LOEX.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

_ La residencia de un menor extranjero se “considerará regular a todos los efectos” desde el momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores, lo que se ha de hacer tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo⁴⁵. Se ha de tener en cuenta este tiempo a la hora de otorgarle la autorización de residencia, ya que le computa como residencia legal efectiva, criterio que ha sido recogido en diversas resoluciones judiciales⁴⁶.

_ Los servicios autonómicos de protección tienen la obligación de facilitar a los menores extranjeros sometidos a su tutela la documentación acreditativa de su situación⁴⁷. No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela, ya que ésta se produce en realidad «ope legis» de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo⁴⁸. Es más, según la Conclusión nº 16 de las Conclusiones de Fiscales de Especialistas en Extranjería en las “JORNADAS EN OVIEDO 15-16 OCTUBRE 2009”: “En todos los casos en los que se dicte por el Fiscal de Extranjería decreto de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados, al amparo del artículo 35 de la LEX deberá establecerse una inmediata comunicación con el Fiscal Delegado de Menores a los efectos de cumplimiento del oficio de fecha 24 de abril de 2008 del Fiscal de Sala coordinador de Menores conforme al cual por parte del Fiscal Delegado de Menores habrá de instarse de la Administración Pública que asumió la tutela de menor, la activación de la tramitación de su documentación sin esperar ni permitir que se espere de forma automática al plazo de nueve meses previsto en el artículo 92.5 del REX, que debería operar como límite máximo y no como término “a quo”⁴⁹.

_ Por tanto, a la hora de la concesión de la autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, se ha de tener en cuenta el periodo de residencia legal durante el cual estuvo bajo la tutela del servicio de protección.

⁴⁵ Artículo 13.1 y 14 Ley 1/1996.

⁴⁶ Auto de Ejecución de 16.02.2007 dictado por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 25 de Madrid en el P.A. 136/2006, en el que se condena a la Delegación del Gobierno en Madrid que “de conformidad con el artículo 37.4 del RD 2393/2004 se documente la residencia del recurrente menor tutelado con una autorización de segunda renovación, con validez desde el día 22.01.2007 a 22.01.2009.”

⁴⁷ Artículo 10 de la Ley 1/1996.

⁴⁸ No obstante, es práctica de las administraciones documentar la constitución de la tutela con posterioridad a la detección de la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica y para posibilitar un eventual recurso.

⁴⁹ Página Web de la Fiscalía General del Estado.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

_ Nos preguntamos, ¿esta autorización de residencia llevara aparejada autorización de trabajo en el supuesto de que aporte contrato de trabajo o los requisitos para el ejercicio de actividad por cuenta propia?.

Aportación de:

AL TÍTULO XII. MODIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Artículo 196. De la situación de estancia por estudios, investigación o prácticas a la situación de residencia y trabajo o de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo.

1. Los extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia en base a o previsto en el artículo 37.1, apartados a, b y d, podrán acceder a la situación de residencia y trabajo sin necesidad de solicitar visado cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el artículo 64, excepto el apartado 3.a), y se acredite, además, que el extranjero:

- a) Ha permanecido en España durante al menos tres años como titular de una autorización de estancia.
- b) Ha superado los estudios, o ha concluido el trabajo de investigación o las prácticas con aprovechamiento.
- c) No ha sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen.

El extranjero que se acoja a esta posibilidad podrá igualmente solicitar una autorización de residencia a favor de los familiares en situación de estancia previstos en el artículo 41 que se encuentren conviviendo con él en el momento de la solicitud, siempre y cuando acredite suficiencia económica y disponibilidad de vivienda adecuada. La autorización, en su concedida, será de residencia por reagrupación familiar.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

2. Las previsiones establecidas en este artículo serán igualmente de aplicación para el acceso a una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de residencia con excepción de la autorización de trabajo, de residencia y trabajo para investigación, o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

A dichos efectos, el titular de la autorización de estancia deberá cumplir los requisitos laborales para la obtención del correspondiente tipo de autorización o los relativos al supuesto de excepción de trabajo que se alegue, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento, resultando aplicable el procedimiento establecido en función de la autorización de que se trate.

3. La autorización concedida tendrá la consideración de autorización inicial.

La eficacia de la autorización de residencia y trabajo estará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión. La eficacia de la autorización de residencia concedida a favor de los familiares estará condicionada a la de autorización principal y su vigencia estará vinculada a la de ésta.

En el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la autorización su titular deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente, ante la Oficina de Extranjería correspondiente.

4. Excepcionalmente y previo informe favorable de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración podrá reducirse el plazo de tres años recogido en el apartado 1, cuando se trate de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por razón de la relevancia excepcional de los méritos profesionales y científicos acreditados por aquéllos.

No será aplicable el requisito previsto en el apartado 1.a) de este artículo, en los siguientes supuestos:

a) Extranjeros que hayan superado el periodo complementario de formación contemplado en la normativa reguladora de las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea. En dicho caso, la autorización de estancia adquirirá el carácter de autorización provisional de residencia y trabajo por cuenta ajena, una vez admitida a trámite la solicitud de modificación, y hasta que se resuelva el procedimiento. La denegación de la modificación supondrá la automática



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

pérdida de vigencia de la autorización provisional, sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso.

b) Extranjeros en posesión del título homologado de Licenciado en Medicina, siempre que la actividad a desarrollar tras la modificación sea su acceso a la escala de complemento del Cuerpo Militar de Sanidad.

5. La autorización de residencia y trabajo, así como, en su caso, la autorización de residencia para los familiares, deberá solicitarse durante la vigencia de la autorización de estancia principal. La solicitud realizada en plazo prorrogará, en caso de caducidad, la vigencia de la autorización de estancia hasta que recaiga resolución sobre ella.

En cualquier caso, el requisito de tres años de permanencia en situación de estancia por estudios será requerible a la fecha en la que, en su caso, se conceda la modificación de la situación.

En ningún caso se podrá presentar una solicitud antes de los noventa días naturales previos a la fecha en que previsiblemente el extranjero cumplirá el requisito de permanencia en situación de estancia por estudios durante tres años.

6. Cuando en el marco del procedimiento se establezca que el extranjero no reúne los requisitos exigibles de acuerdo con este precepto, pero sí los relativos a la concesión de la autorización inicial de residencia de que se trate, el órgano competente dictará resolución en relación con ésta, condicionada a la obtención del correspondiente visado, en los términos generalmente aplicables a la autorización en cuestión.

COMENTARIO: Se valora positivamente que se contemple reglamentariamente la posibilidad de modificar de la situación de estudios, investigación o prácticas a otras situaciones que llevan aparejado trabajo: a la situación de residencia con excepción de la Autorización de Trabajo, de residencia y trabajo para investigadores o de residencia y trabajo para profesionales altamente cualificados. Todo ello a diferencia de la redacción actual del Reglamento en la que este tipo de modificaciones quedaba en definitiva reservada a la autorización de trabajo por cuenta ajena.

En cuanto a la inclusión del apartado 6) en el que se permite que en el supuesto de no reunir los requisitos para obtener la modificación de situación solicitada pero sí los relativos a la concesión inicial de residencia, la Administración



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

pueda resolver sobre esta última, desconocemos que elementos valorativos derivados del expediente de modificación dispondrá la Administración para resolver sobre una autorización de otra naturaleza, a la que a su vez, condiciona su eficacia a la concesión del visado, con la consiguiente tortuosa tramitación del mismo. Con ello consideramos que en realidad lo que pretende la Administración al otorgar éste tipo de autorización es evitar posibles solicitudes de arraigo tras la resolución desfavorable de la modificación pretendida, abocándolos a la tramitación de un visado con la consiguiente salida del territorio nacional dejando, por tanto, al extranjero al albor de la Administración, en este caso de los consulados y misiones diplomáticas para obtener la eficacia de la autorización otorgada y nunca solicitada.

Artículo 197. De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo o de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo.

1. Los extranjeros que se encuentren en España durante al menos un año en situación de residencia, podrán acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el artículo 64, excepto el previsto en el apartado 3.a).

Excepcionalmente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo, sin necesidad de que haya transcurrido el plazo de un año, el extranjero que acredite una necesidad de trabajar por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia.

2. La eficacia de la autorización de trabajo estará condicionada al posterior alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación su concesión.

3. Los extranjeros titulares de un certificado de registro como ciudadano comunitario o de una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión, cuando hayan cesado en tal condición, podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, a excepción del visado, una autorización de residencia no lucrativa o de residencia y trabajo por cuenta ajena, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la documentación de la que fuera titular.

4. Las previsiones establecidas en este artículo serán igualmente de aplicación para el acceso a una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo,



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

de residencia y trabajo para investigación, o de residencia y trabajo de Profesionales altamente cualificados.

A dichos efectos, el titular de la autorización de residencia o la persona documentada en régimen comunitario deberá cumplir los requisitos laborales para la obtención del correspondiente tipo de autorización, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento.

COMENTARIO: Se valora positivamente la posibilidad de modificar a otras situaciones no contempladas en la redacción actual del Reglamento, como son la de residencia con exceptuación de trabajo, la autorización de residencia y trabajo para investigadores o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

Artículo 198. Compatibilidad de situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y la residencia y trabajo por cuenta propia o de autorizaciones de trabajo por cuenta propia de ámbito geográfico distinto.

1. Los extranjeros que deseen realizar simultáneamente actividades lucrativas por cuenta propia y ajena habrán de obtener las correspondientes autorizaciones de trabajo, de conformidad con los requisitos generales establecidos para la obtención de cada una de ellas en este Reglamento, previa acreditación de la compatibilidad del ejercicio de ambas actividades lucrativas, en relación con su objeto y características, duración y jornada laboral.
2. La autorización administrativa mediante la que se conceda la compatibilidad del ejercicio de actividades laborales y profesionales tendrá una duración equivalente al período de vigencia de la autorización de trabajo de la que fuera titular el extranjero, excepto en el caso de que se conceda sobre la base de un contrato o actividad de duración inferior.
3. Los extranjeros que deseen desarrollar actividades por cuenta propia de forma simultánea en varias Comunidades Autónomas, y siempre en relación con el mismo sector de actividad, habrán de obtener las correspondientes autorizaciones de trabajo por cuenta propia, de conformidad con los requisitos relativos a la actividad generalmente exigidos para la obtención de las mismas.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

COMENTARIO: si bien se valora favorablemente su inclusión, sin embargo entendemos que en determinados supuestos se tendrá que establecer excepciones atendiendo la naturaleza de la actividad a prestar dotándola a estas actividades de un alcance nacional. Estamos pensando por ejemplo en la venta ambulante, comerciales

Artículo 199. De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia, residencia y trabajo o residencia con exceptuación de la autorización de trabajo.

1. Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el artículo 128, podrán acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado.

2. Cuando el extranjero autorizado a residir por circunstancias excepcionales estuviera habilitado para trabajar, presentará por sí mismo la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos previstos por el artículo 71. Sin perjuicio de ello, y de su vigencia, que será de dos años, la autorización de residencia temporal y trabajo concedida en base a este precepto tendrá la consideración de inicial.

3. En los demás casos, el empleador será el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización y se exigirán los requisitos laborales previstos en el artículo 64, excepto el apartado 3.a).

La eficacia de la autorización de residencia y trabajo estará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión. Su vigencia será de dos años, sin perjuicio de que la autorización de residencia temporal y trabajo tendrá la consideración de inicial.

4. Las previsiones establecidas en este artículo serán igualmente de aplicación para el acceso a una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo, de residencia y trabajo para investigación, o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

A dichos efectos, el titular de la autorización de residencia deberá cumplir los requisitos laborales para la obtención del correspondiente tipo de autorización, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento.

COMENTARIO: Se valora positivamente la posibilidad de modificar a otras situaciones no contempladas en la redacción actual del Reglamento, como son la de residencia con exceptuación de trabajo, la autorización de residencia y trabajo para investigadores o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

Artículo 200. Modificaciones de la autorización de residencia y trabajo.

1. Durante la vigencia de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo, el órgano competente por razón del lugar donde se vaya a iniciar la relación laboral o la actividad por cuenta propia que motiva la solicitud, podrá modificar su alcance en cuanto a la ocupación, sector de actividad y/o ámbito territorial de limitación, siempre a petición de su titular.

En el caso de que se trate de una modificación del alcance de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 64.3.a).

2. Las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena podrán modificarse, respectivamente, en autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, a solicitud del interesado, siempre que se le haya renovado ya su autorización inicial o que presente la solicitud en el momento en el que corresponda solicitar su renovación y reúna las condiciones siguientes:

a) En el caso de las modificaciones de cuenta ajena a cuenta propia, se autorizarán si se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 103 y se tiene constancia de la realización habitual de actividad laboral durante el período de vigencia de la autorización por un periodo igual al que correspondería si pretendiera su renovación.

b) En el caso de las modificaciones de cuenta propia a cuenta ajena, se autorizarán si se ha suscrito un contrato de trabajo que justifique la nueva actividad laboral del trabajador, siempre que se tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social de su anterior actividad profesional.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

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.

3. Las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena podrán modificarse, en autorizaciones de residencia temporal no lucrativa, residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo, residencia temporal y trabajo para investigación, o residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados, a solicitud del interesado, siempre que se le haya renovado ya su autorización inicial o que presente la solicitud en el momento en el que corresponda solicitar su renovación.

A dichos efectos, deberá cumplir los requisitos previstos en el apartado anterior en cuanto al desarrollo de su actividad como titular de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, así como los propios del tipo de autorización que solicite.

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. !

4. La nueva autorización no ampliará la vigencia de la autorización modificada.

Cuando se trate de modificaciones solicitadas en el momento de la renovación de la autorización del que es titular, su vigencia será la que correspondería a su renovación.

COMENTARIO: Se valora positivamente que en el texto del borrador del Reloex se contempla la posibilidad de mutar las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y ajena a residencia temporal no lucrativa, residencia temporal con excepción de autorización de trabajo, residencia temporal y trabajo para investigación o residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados. Posibilidad no regulada en el vigente Reloex.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 201. Intervención de las Comunidades Autónomas en la modificación de autorizaciones.

1. Cuando la Administración autonómica tenga atribuida la competencia ejecutiva sobre tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, porque la relación de trabajo se inicie y se desarrolle en el territorio de la Comunidad Autónoma, corresponderá a los órganos competentes de ésta la recepción de solicitudes y la resolución de la autorización laboral en los siguientes supuestos:

a) La autorización de residencia y trabajo en las que se acredita ser hijo de español nacionalizado o de ciudadano comunitario con un año de residencia, prevista en el artículo 197.3 del presente Reglamento.

b) La autorización de residencia y trabajo solicitada como consecuencia de la modificación de la situación de estancia por estudios, de residencia o de residencia por circunstancias excepcionales, así como la concesión de la compatibilidad de las autorizaciones de trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena o de la mutación de una en otra o en residencia y trabajo para investigación o de profesionales altamente cualificado. No así en el caso de acceso a la situación de autorización de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo en base a lo previsto en este título.

2. Cuando la modificación implique una nueva autorización de residencia y trabajo, se seguirá el procedimiento previsto por el artículo 68 51 bis del presente Reglamento. En todos los casos, la Administración autonómica registrará las solicitudes presentadas, en trámite y resueltas, en la aplicación informática correspondiente, garantizando su conocimiento en tiempo real por la Administración General del Estado.

COMENTARIO: La última reforma de la Loex modificó el art. 19 estableciendo que la autorización de residencia de reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Ello ya provocó la falta de validez de la autorización para trabajar prevista en el art. 41.6 del Reglamento y por consiguiente desaparece del borrador del reglamento la atribución competencial establecida para la resolución de este tipo de autorización.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Asimismo consideramos necesario destacar, tal y como establece este precepto, solo intervendrán las Comunidades Autónomas en las modificaciones (cambios) a residencia y trabajo de los hijos que han perdido la condición de comunitario o de familiar comunitario, cuando aquellos son hijos de español nacionalizado o ciudadano con un año de residencia. Por consiguiente, las modificaciones a residencia y trabajo de los cónyuges, ascendientes y de los hijos de comunitarios que lleven menos de un año de residencia y hayan perdido su condición de comunitario o de familiar comunitario serán competencia de la Administración General del Estado. Sin embargo, esta atribución competencial ya existente en la redacción actual del reglamento chirria con el traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Catalunya realizada por RD 1463/2009 de 18 de setiembre en la que no se realiza esta reserva competencial a la Administración General del Estado.

AL TÍTULO XIII. DOCUMENTACIÓN DE LOS EXTRANJEROS

Artículo 202. Derechos y deberes.

1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar (**se suprimiría:** en vigor) la documentación con la que hubieran efectuado su entrada en España, la que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. (**se añadiría:** Sin perjuicio de la obligación de renovación de dichos documentos).

2. Los extranjeros están obligados a exhibir los documentos referidos en el apartado anterior cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, (**se suprimiría:** en ejercicio de sus funciones) (**se añadiría:** en el ejercicio legítimo de sus funciones).

3. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

NOTA. Argumentación sucinta a la propuesta del apartado 2: Los controles de identidad de extranjeros deberían de sujetarse, escrupulosamente, a los presupuestos legales habilitantes para establecer controles de identificación en lugares públicos (redadas). Con ello se evitará de forma especial el riesgo latente discriminatorio en este



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

tipo de controles, por lo que la finalidad de la redacción propuesta sería descartar en todo momento la posible selección étnica en las identificaciones.

Artículo 203. Número de identidad de extranjero.

1. Los extranjeros (**se suprimiría:** a cuyo favor se inicie) (**se añadiría:** que inicien) un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado, aquéllos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España serán dotados, a los efectos de identificación, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial.

2. El número personal será el identificador del extranjero, que deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo, salvo en los visados.

3. El número de identidad del extranjero, NIE, deberá ser concedido de oficio, por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en los supuestos mencionados en el apartado 1, (**se suprimiría:** salvo en el caso) (**se añadiría:** exceptuado el caso) de los extranjeros que se relacionen con España por razón de sus intereses económicos, profesionales o sociales, que deberán interesar de dicho órgano la asignación del indicado número, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que no se encuentren en España en situación irregular.

b) Que se comuniquen los motivos por los que solicitan la asignación de dicho número.

Los extranjeros que se relacionen con España por razón de sus intereses económicos, profesionales o sociales podrán solicitar el NIE a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil a través de las Oficinas de Extranjería. En el caso de que el extranjero no se encuentre en territorio español en el momento de la solicitud, solicitará la asignación de NIE a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a través de las Oficinas Consulares de España en el exterior.

El procedimiento habrá de ser resuelto en el plazo máximo de cinco días desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

4. Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación para la solicitud de los certificados de residente y de no residente.

NOTA. *La propuesta para este artículo simplemente pretende mejorar la redacción. El termino favor se confunde con concesión. En cuanto a la palabra salvo se repite en la redacción de párrafos anteriores.*

Artículo 204. Documentos acreditativos.

Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse, (**se suprimiría:** según corresponda) (**se añadiría:** de acuerdo con la normativa vigente, mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, el visado o la tarjeta de identidad de extranjero. Excepcionalmente podrá acreditarse dicha situación mediante otras autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas.

NOTA. *Mejora la redacción.*

Artículo 205. El pasaporte o documento de viaje.

El pasaporte o documento de viaje en el que conste el sello de entrada, acreditará, además de la identidad, la situación de estancia en España en aquellos supuestos de extranjeros que no precisen de la obtención de un (**se suprimiría:** visado de corta duración) (**se añadiría:** visado de estancia de corta duración).

NOTA. *Si los únicos visados de corta duración que recoge el reglamento son los de estancia, para evitar confusiones sobre si existen otros visados de corta duración, considero que no se ha de omitir que los visados de corta duración son precisamente los de estancia de corta duración*

Artículo 206. El visado.

El visado válidamente obtenido acredita la situación para la que hubiese sido (**se suprimiría:** concedido) (**se añadiría:** dado). La validez de dicha acreditación se extenderá desde la efectiva entrada de su titular en España, hasta la obtención de la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero o hasta que se extinga la vigencia del visado.

La vigencia del visado será igual a la de la autorización de estancia o residencia que incorpora, cuando no resulte exigible la obtención de tarjeta de identidad de extranjero.

NOTA. *Se intenta mejorar la redacción.*



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 207. La tarjeta de identidad de extranjero.

1. Todos los extranjeros a los que se les haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses tienen el derecho y el deber de obtener la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que la autorización sea concedida o (**se suprimiría:** cobre vigencia) (**se añadiría:** se encuentre en vigor,) respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de una autorización de residencia y trabajo de temporada.

2. La tarjeta de identidad de extranjero es el documento destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España.

3. La tarjeta de identidad de extranjero es personal e intransferible, y corresponde a su titular cumplimentar las actuaciones que se establezcan para su obtención y entrega, así como la custodia y conservación del documento.

4. El incumplimiento de las obligaciones relativas a la tarjeta de identidad de extranjero conllevará la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

5. El titular de la tarjeta de identidad de extranjero no podrá ser privado del documento, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

NOTA. *Podría prescindirse perfectamente de este apartado 5. Considero que es una reiteración innecesaria por lo regulado en el art. 202.3.*

6. El Ministerio del Interior, en el marco de los acuerdos sobre documentación de extranjeros de carácter internacional en los que España sea parte, dictará las disposiciones necesarias para determinar las características de dicho documento, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.

7. La tarjeta de identidad de extranjero tendrá idéntico período de vigencia que la autorización o el reconocimiento del derecho que justifique su expedición, y perderá su validez cuando se produzca la de la citada autorización, por cualquiera de las causas reglamentariamente establecidas a este efecto o, en su caso, por la pérdida del derecho para permanecer en territorio español.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

8. Cuando haya finalizado el plazo de vigencia de la tarjeta, se haya acordado la renovación de la autorización o, en su caso, del reconocimiento a permanecer en territorio español, o se haya perdido el derecho que justificó su expedición, los extranjeros titulares de ella están obligados a entregar el documento en las Oficinas de Extranjería correspondientes al lugar donde residan.

(se suprimiría: En los supuestos de asunción de un compromiso de no regreso a territorio español en el marco de un programa de retorno voluntario, por parte de titulares de una tarjeta de identidad de extranjero, éstos estarán obligados a entregar el documento en la representación diplomática o consular española en el país de origen al que retornen. Esta previsión será igualmente aplicable a los extranjeros que retornen voluntariamente al margen de un programa y deseen beneficiarse de las disposiciones establecidas en este Reglamento respecto al regreso de personas que hayan regresado voluntariamente a su país de origen o procedencia.

En el caso de los extranjeros a los que sea aplicable el régimen de asilo, la entrega del documento deberá realizarse en la Oficina de Extranjería de la provincia donde residan, salvo en el caso de que estén domiciliados en Madrid, en el que la entrega del documento deberá realizarse en la oficina de asilo y refugio.)

(se añadiría: En los supuestos de asunción de un compromiso de no regreso a territorio español, en el marco de un programa de retorno voluntario, cuando sean titulares de una tarjeta de identidad de extranjero, estarán obligados a entregar el documento en la representación diplomática o consular española del país de origen al que retornen. Esta previsión será igualmente aplicable a los extranjeros que regresen voluntariamente al margen de un programa de retorno, siendo esta condición necesaria para poder beneficiarse de las disposiciones establecidas en este Reglamento, respecto al regreso de personas que se hayan reintegrado voluntariamente a su país de origen o procedencia.

En el caso de los extranjeros a los que sea aplicable el régimen de protección internacional, la entrega de la tarjeta deberá realizarse en la Oficina de Extranjería de la provincia donde residan, salvo los domiciliados en Madrid que deberán depositar el documento en la oficina de asilo y refugio.

NOTA. *Se intenta mejorar la redacción y actualizar la terminología a la nueva normativa de protección internacional.*



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

8. El extravío, destrucción o inutilización de la tarjeta de identidad de extranjero, ya sean de carácter personal, laboral o familiar, llevarán consigo la expedición de nueva tarjeta, a instancia del interesado, que no se considerará renovación y tendrá vigencia por el tiempo que le falte por caducar a la que sustituya.

En el caso de que la solicitud de expedición de nueva tarjeta se realice dentro del plazo de renovación de la autorización, los procedimientos se tramitarán de forma (**se suprimiría**: conjunta y coherente) (**se añadiría**: unificada).

10. Las modificaciones que impliquen alteración de la situación legal en España del titular de la tarjeta de identidad de extranjero, así como de su situación laboral, incluidas las renovaciones, determinarán la expedición de nueva tarjeta adaptada al cambio o alteración producido, con la vigencia que determine la resolución que conceda dichas modificaciones.

11. Corresponderá a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, conforme a los criterios de coordinación marcados por la Secretaría de Estado de Seguridad, de acuerdo con la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, la organización y gestión de los servicios de expedición de las tarjetas de identidad de extranjeros en las Oficinas de Extranjería en las que se hubiese tramitado el expediente administrativo o practicado la notificación por la que se reconoce el derecho o se le autoriza a permanecer en España, así como su expedición y entrega al interesado, quien habrá de acreditar ante ellas ser el destinatario del documento y haber realizado el pago de las tasas legalmente establecidas.

Asimismo, en los casos en que la eficacia de la autorización concedida se encuentre condicionada al requisito del alta del extranjero en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, el cumplimiento (**se suprimiría**: del requisito) (**se añadiría**: de dicha condición) será comprobado de oficio con carácter previo a la expedición de la tarjeta.

NOTA. *Se intenta mejorar la redacción por reiteración del término requisito.*

12. Será aplicable a los documentos mencionados la normativa vigente sobre presentación y anotación en las oficinas públicas del documento nacional de identidad, cuya normativa tendrá carácter supletorio de las normas sobre utilización en España de los documentos de identidad de los extranjeros.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Artículo 208. Requisitos y procedimiento para la documentación.

1. En los supuestos de extranjeros indocumentados, previstos en el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se procederá en la forma prevista en este capítulo.
2. La solicitud de documentación deberá efectuarse tan pronto como se hubiera producido la indocumentación, personalmente y por escrito, en las Oficinas de Extranjería que correspondan.
3. El interesado exhibirá los documentos de cualquier clase, aunque estuvieren caducados, que pudieran constituir indicios o pruebas de identidad, procedencia y nacionalidad, en su caso, para que sean incorporados a las comprobaciones que se estén llevando a cabo. Asimismo, acreditará que no puede ser documentado por la misión diplomática u oficina consular correspondiente mediante acta notarial que permita dejar constancia del requerimiento efectuado y no atendido, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5.
4. El interesado, igualmente, deberá aportar los documentos, declaraciones o cualquier otro medio de prueba oportuno que sirvan para acreditar la concurrencia de razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o, en su caso, el cumplimiento de compromisos de España, que justifiquen su documentación por parte de las autoridades españolas.
5. En el caso de los solicitantes de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se eximirá al solicitante de la presentación de acta notarial para acreditar que no puede ser documentado por la misión diplomática u oficina consular correspondiente, en los casos en que se alegasen razones graves que impidan su comparecencia en aquéllas, a cuyos efectos podrá recabarse el informe de la oficina de asilo y refugio.
6. Realizadas las comprobaciones iniciales, si el extranjero desea permanecer en territorio español, el Delegado o Subdelegado del Gobierno en la provincia en que se encuentre, le concederá un documento de identificación provisional, que le habilitará para permanecer en España durante tres meses, período durante el cual se procederá a completar la información sobre sus antecedentes.

El documento previsto en este apartado, no será concedido si el extranjero está incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada en España a que se refiere el artículo 26 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o se (se



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

suprimiría: ha) (**se añadiría:** hubiere) dictado contra él una orden de expulsión del territorio español.

7. Excepcionalmente, por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurren en cada caso, por resolución del titular del Ministerio del Interior adoptada a propuesta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley, se podrán establecer medidas limitativas de su derecho a la libre circulación, cuya duración no excederá del tiempo (**se suprimiría:** imprescindible y proporcional a) (**se añadiría:** mínimo imprescindible que sea proporcional con) la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, y que podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

Igualmente, podrán establecerse medidas limitativas específicas respecto a dicho derecho cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución.

8. Finalizada la tramitación del procedimiento, salvo que el extranjero se encontrase incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o se haya dictado contra él una orden de expulsión, previo abono de las tasas que legalmente correspondan, el Delegado o Subdelegado del Gobierno o el Comisario General de Extranjería y Fronteras dispondrá su inscripción en una sección especial del Registro Central de Extranjeros y le dotará de una cédula de inscripción en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente y cuyas características se determinarán por el Ministerio del Interior, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.

La Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil expedirá certificaciones o informes sobre los extremos que figuren en dicha sección especial para su presentación ante cualquier otra autoridad española.

9. El extranjero al que le haya sido concedida la cédula de inscripción podrá solicitar la correspondiente autorización de residencia por circunstancias excepcionales si reúne los requisitos para ello. Dicha solicitud podrá presentarse y resolverse de manera simultánea con la solicitud de cédula de inscripción.

10. En caso de denegación de la solicitud, una vez notificada ésta (**se añadiría:** en debida forma), se procederá a su devolución al país de procedencia o a su



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

expulsión del territorio español, en la forma prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en este Reglamento.

11. La cédula de inscripción perderá vigencia, sin necesidad de resolución expresa, cuando el extranjero sea documentado por algún país o adquiera la nacionalidad española u otra distinta.

Artículo 210. Registro Central de Extranjeros.

1. Existirá, en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, un Registro Central de Extranjeros en el que se anotarán:

- a) Entradas.
- b) Documentos de viaje.
- c) Prórrogas de estancia.
- d) Cédulas de inscripción.
- e) Autorizaciones de entrada.
- f) Autorizaciones de estancia.
- g) Autorizaciones de residencia.
- h) Autorizaciones de trabajo.
- i) Inadmisiones a trámite, concesiones y denegaciones de protección internacional.
- j) Concesiones y denegaciones del estatuto de apátrida y de desplazado.
- k) Cambios de nacionalidad, domicilio o estado civil.
- l) Limitaciones de estancia.
- m) Medidas cautelares adoptadas, infracciones administrativas cometidas y sanciones impuestas en el marco de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y de este Reglamento.
- n) Denegaciones y prohibiciones de entrada en el territorio nacional y sus motivos.
- ñ) Devoluciones.
- o) Prohibiciones de salida.
- p) Expulsiones administrativas o judiciales.
- q) Salidas.
- r) Autorizaciones de regreso.
- s) Certificaciones de número de identidad de extranjero.
- t) Retorno de trabajadores de temporada.
- u) Cartas de invitación.
- v) Retornos voluntarios.
- w) Cualquier otra resolución o actuación que pueda adoptarse en aplicación de este Reglamento.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

2. Los órganos que adopten las resoluciones y concedan los documentos a que se refiere el apartado 1 deberán dar cuenta de ello, a efectos de su anotación en este registro.

3. Los interesados tendrán derecho de acceso a la información contenida en el registro central de extranjeros de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en sus normas de desarrollo.

NOTA. *Se añadiría este apartado 3 para seguridad jurídica de los interesados.*

Artículo 212. Registro de menores extranjeros no acompañados.

1. En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor.

El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los (**se suprimiría:** siguientes) datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal. (**se añadiría:** Los datos susceptibles de ser registrados, previa conformidad del Ministerio Fiscal, son los siguientes):

a) Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.

b) Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor.

c) Su impresión decadactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos.

d) Fotografía.

e) Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- f) Centro de acogida o lugar de residencia.
- g) Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle.
- h) Traslados del menor entre Comunidades Autónomas.
- i) Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata.
- j) Fecha de solicitud de la autorización de residencia.
- k) Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia.
- l) Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

2. Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, a través de las Oficinas de Extranjería, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el apartado anterior.

3. Para garantizar la exactitud e integridad del Registro, el Ministerio Fiscal podrá requerir a las Entidades Públicas de Protección de Menores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías autonómicas, Policías locales, Instituciones Sanitarias y a cualquier otra entidad pública o privada, la remisión de cuantos datos obren en su poder sobre menores extranjeros no acompañados. Dichos datos serán remitidos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para la actualización del Registro, cuando proceda, y para su comunicación al Ministerio fiscal.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

AL TÍTULO XIV. REGIMEN SANCIONADOR:

PROPUESTAS:

DEVOLUCIONES:

1.- El artículo 23.7 no es respetuoso con el texto legal, ni tampoco con las indicaciones jurisprudenciales. El régimen especial de prescripción de las expulsiones en el que se comienza a contar a partir de la prohibición de entrada **SÓLO ES APLICABLE A LAS EXPULSIONES**, siendo la devolución, como bien se encarga de subrayar el borrador al situarlas fuera del capítulo de sanciones, algo completamente diferente en lo que no cabe una analogía in malam partem. Por tanto, el régimen jurisprudencial establecido por distintas sentencias del TSJ de Andalucía es el general tanto para infracciones como para sanciones previsto en la Ley 30/92 sin que un Reglamento pueda modificarlo bajo capa de ampararse en artículos de la LOEX que se refieren a otra cosa distinta.

Por tanto el segundo párrafo del apartado 7 debería ser suprimido.

2.- En relación asimismo con las devoluciones, la misma jurisprudencia antes aludida ha anulado el periodo de prohibición de entrada por considerar que el mismo constituye una extralimitación con respecto a la naturaleza de mera medida administrativa restitutiva del statu quo jurídico bajo el que pretende presentarse la devolución – más aún con la nueva estructura – y que constituye una sanción, para la aplicación de la cual haría falta un procedimiento específico. El borrador no resuelve ese problema, puesto que no propone ni regula ningún procedimiento como tal para las devoluciones, entendiendo por procedimiento el que, previamente a la resolución quepa una articulación siquiera mínima y sumaria, del derecho de defensa, que no queda subsumido en el recurso de alzada.

INFRACCIONES Y SANCIONES:

El artículo 231: Contiene el segundo párrafo del punto primero del artículo 63 de la OEX, una expresión radicalmente distinta (*“será aplicable”*) y con un espíritu por tanto de subsidiariedad o de excepcionalidad con respecto a lo que establecerá el artículo 63 bis como norma general, que será la instrucción de los expedientes sancionadores por la estancia irregular prevista en el artículo 53.1.a), se prevé no obstante la posibilidad de continuar aplicando, pues esa ha



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

sido hasta el momento la tónica y práctica general, el procedimiento preferente a estos supuestos, que no olvidemos constituyen la inmensa mayoría de los expedientes sancionadores que se instruyen y resuelven en nuestro país, al menos hasta el momento.

El problema de "*la decisión*" de qué procedimiento aplicar sigue presente, sólo que si antes él mismo se solventaba por la vía de que siempre se aplicaba el procedimiento preferente, aunque fuera posible aplicar el ordinario, quizá con la actual redacción de la Ley la balanza, debería inclinarse hacia el procedimiento ordinario, frente al comentado y mal llamado "preferente". La posibilidad de aplicación se cifra sobre la base de la existencia de unos supuestos previos que el borrador renuncia a desarrollar por vía de concreción.

La primera observación que resulta oportuna para un conocedor de la práctica habitual de las comisarías de policía, es que, tanto en un sentido como en otro, ello va a obligar a cambiar ciertos hábitos, puesto que antes de decidir qué procedimiento se ha de iniciar será necesario practicar, cuanto menos, "*un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.*", conforme establece el artículo 62.2 de la L 30/92 y conforme establece el propio artículo 215 del Borrador, posibilidad también que sería deseable que se desarrollase con mayor profusión. Este periodo de información no tiene por qué ser prolongado (piénsese que en muchos casos se habrá adoptado como medida provisional la detención del extranjero), pero es importante que sea específico, y que las actuaciones o informaciones que en él se recojan sean debidamente diferenciadas, puesto que deberán recoger no sólo "*la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*", sino la decisión de qué procedimiento adoptar cuando en ese mismo período de información se determine que el procedimiento se va a iniciar por una estancia irregular y por tanto sea posible adoptar uno u otro de los dos procedimientos previstos.

En estos momentos, la práctica en las comisarías es que este "*periodo de información*" se limitaba a pedirle al extranjero su documentación, y al comprobar, una vez detenido, que no se constata su documentación en ninguna base de datos, ni se encuentra en situación regular (debiendo distinguir que incluso en el caso de que el extranjero detenido se encuentre en trámite de solicitud de regularizar su situación, ya sea por arraigo o matrimonio sí estaría en una situación similar a la estancia regular o cuanto menos no sancionable) proceden a incoar el procedimiento preferente, haciendo mera alusión a esas actuaciones previas (sin concretarlas de ninguna manera) en el propio acuerdo de incoación (incluso en el preciso momento de la asistencia al extranjero en que



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

se presenta el resguardo de solicitud y se le explica al instructor y secretario la existencia y aplicación de la propia Circular 8/07)⁵⁰. La interpretación más extendida estimaba que tal proceder venía obligado por el artículo 130 del RELOEX, cuya legalidad fue solventada por el Tribunal Supremo al entender que si bien se obligaba a seguir el procedimiento preferente (lo que ya no estaría vigente con arreglo a la nueva ley) ello no obligaba a proponer ni a dictar una expulsión, y que no cabía decisión alguna sobre el fondo que se dedujera del procedimiento.

Sin embargo, a partir de éste momento va a quedar definitivamente claro que existe esa decisión, y que además la misma se deberá fundar en la existencia de determinados supuestos de hecho, los cuales, por tanto, **habrá que demostrar con alguna actuación previa**, del tipo que sea.

Una práctica volátil, según la comisaría y el momento en el que uno se encuentre, ha sido la de tomar declaración al extranjero, con carácter previo a iniciar el procedimiento. Ésta práctica, que en algunos lugares cayó en desuso tras las sucesivas reformas de la ley, quizá vuelva a recuperarse, aunque nada dice el borrador. Pero lo que parece claro es que la costumbre de iniciar el procedimiento directamente, sin mayor consideración que las correspondientes a la estancia regular o irregular del expedientado, debería desaparecer, y las actuaciones previas cobran mucha más importancia.

Pues bien, tres van a ser los supuestos de hecho sobre los cuales podrá fundamentarse la decisión de desplegar el procedimiento preferente en un caso de mera estancia irregular:

- a) riesgo de incomparecencia.
- b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.
- c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Previamente haremos alusión al origen de estos tres conceptos, que se sitúa en los siguientes artículos de la DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de

⁵⁰ Circular de fecha 24 de abril de 2007 de la Dirección General de la Policía.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008), también conocida como Directiva de la Vergüenza.

El artículo 7. 4 de esta Directiva establece, en el marco de un artículo dedicado a establecer la obligatoriedad como norma general de establecer un periodo de salida obligatoria no forzosa en las resoluciones de expulsión, que *“Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días.”* De ese artículo procederán el apartado a) riesgo de incomparecencia y c) riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

El apartado b), que *“el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos”*, procede asimismo de la directiva, pero esta vez del artículo 15. 1.a), que resultará muy clarificador, pues no se refiere a decisiones procedimentales o de fondo del propio expediente, sino a la posibilidad de dictar un internamiento como medida cautelar para la efectividad de dicho expediente.

Ello nos lleva a la siguiente conclusión: con arreglo a la Directiva, podrá adoptarse el procedimiento preferente, que conlleva la ejecutividad inmediata de la resolución, si existe riesgo de fuga -- que la ley va a llamar de incomparecencia, pero que deberá ser definida de acuerdo a la definición que la directiva da del riesgo de fuga en su artículo 3.g⁵¹,-- o si existe un riesgo para el orden público la seguridad pública o la seguridad nacional, pero no se prevé tal ejecutividad inmediata a los casos previstos en el apartado de evitar o dificultar la expulsión por parte del extranjero, que sí que será uno de los supuestos para poder adoptar el internamiento.

El gran problema con la regulación de este procedimiento es la referencia permanente a conceptos jurídicos indeterminados como por ejemplo *“riesgo de incomparecencia”*, *“orden público”*, *“riesgo de fuga”* y que *“el extranjero evitara o dificultase la expulsión o su ejecución”*. Son causas tan amplias, algo que puede tener como consecuencia que en la práctica el procedimiento preferente sea la norma y el ordinario la excepción.

⁵¹ Artículo 3-definiciones -3.g -riesgo de fuga- la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos en el Derecho y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse; Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Es más, en la propia Directiva en su Art. 3 se define el riesgo de fuga como la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por Ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse, y en este caso estos criterios objetivos no han sido definidos por la LO 4/2000.

Además el procedimiento preferente se aplica también en el caso de las expulsiones previstas en el Art. 57.2, a pesar de que en este caso no hay ninguna razón de urgencia, gravedad o no fácil apreciación que establece el Tribunal Constitucional.

En la práctica nos encontramos con que la policía de manera sistemática tramita por el procedimiento preferente cualquier expediente sancionador por estancia irregular.

Otro paralelismo resulta enormemente llamativo, y entendemos que nos va a dar la clave interpretativa para solucionar este embrollo: establece el nuevo artículo 62 de la LOEX, lo siguiente:

- a) el párrafo 1 prevé como supuestos susceptibles de internamiento los mismos supuestos que el artículo 63 prevé como susceptibles de aplicarse el procedimiento preferente.
- b) En el párrafo segundo, las circunstancias concurrentes que el juez habrá de valorar especialmente para adoptar el internamiento coinciden, si bien no literalmente, con los tres supuestos que justificarían el procedimiento preferente en un caso de estancia regular, y esta vez figuran expresamente los tres supuestos, pues en este caso la inclusión de la evitación o dificultamiento por parte del extranjero de los trámites sí que tiene la cobertura expresa del artículo 15.1.a) de la directiva.

Entendemos que se dan los elementos suficientes, desde el punto de vista estrictamente legal, como para llegar a una conclusión cierta y definitiva, elementos a los que habrá que añadir otros de carácter dogmático que más adelante expondremos: **la aplicación del procedimiento preferente debe estar ligada y supeditada a que se acuerde por parte del juez de instrucción el internamiento del extranjero, al menos en los supuestos de estancia irregular.**

Esta conclusión no es algo que aparezca con la debida claridad en el artículo 63, por lo que entendemos que debería ser el reglamento el que sitúe el acuerdo de petición de internamiento en el marco de las actuaciones previas, y sólo una vez



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

acordado el internamiento por el juez, y sólo en el caso de así se acuerde, proceder a incoar el procedimiento como preferente. También cabrá otra solución: la incoación del expediente en paralelo con la adopción del acuerdo de petición de internamiento, pero estableciendo que el procedimiento se registrará por los cauces del procedimiento preferente sí y sólo si se acuerda el internamiento, y por los cauces del ordinario si éste se denegare.

Ello tendría indudables ventajas para todas las partes implicadas, especialmente para la autoridad policial, que es así eximida de adoptar decisiones precipitadas sobre la base de elementos poco consistentes.

Esta vinculación entre internamiento y procedimiento preferente tiene además una justificación dogmática, frente a la actual concepción del procedimiento, que no debemos olvidar: en la medida en que el procedimiento preferente supone una radical minoración de garantías del procedimiento, por la vía no sólo de la reducción de plazos, sino del período de prueba, y sobre todo por la ejecutividad inmediata, y dado que, como hemos dicho antes, nunca cabe considerar es tiempo de procedimientos como algo disponible en aras de la comodidad o conveniencia de la autoridad administrativa, sólo cabe justificar tal reducción en los propios intereses y derechos del administrado. En aquellos casos en que el expediente se va a tramitar concurriendo una limitación del derecho fundamental a la libertad de movimientos como es el internamiento, puede afirmarse que es por intereses y conveniencia del extranjero en el que el expediente se desarrolle con la máxima celeridad, a fin de aminorar en lo posible esa privación de libertad. Si no concurre esa privación de libertad, el resto de medidas cautelares que quepan adoptarse en aplicación del artículo 61 no justifican la aplicación del procedimiento preferente, por lo que este será improcedente, al menos en los casos de estancia irregular, dada la tratada efectividad de la redacción legal en el resto de casos.

Esto nos lleva a hacer un breve balance de supuestos y a aclarar qué situación procede:

- en los supuestos que se incoe expediente por el artículo 53.1.f) y d), 54,

a) y b) y 57.2, será decisión de la autoridad gubernativa si solicita o no el internamiento, con los mismos fundamentos que sirvan para el fondo del expediente, puesto que son identificables en cierta medida con los que pueden, pero no cabe decisión en cuanto a que el procedimiento deberá ser el preferente. Si el internamiento no se concede por parte del juez, ello no afectará a la continuidad de dicho procedimiento.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

.- en los supuestos en que se incoe expediente por el artículo 53.1.a), será decisión de la autoridad gubernativa si solicita o no el internamiento, con fundamentos distintos y específicos de los que sirvan para el fondo del expediente, puesto que la estancia irregular no es identificable automáticamente con los tres fundamentos que pueden servir de base para acordar aquél. Esa fundamentación específica de la decisión de seguir el procedimiento preferente en base a alguno o algunos de los tres supuestos deberá articularse en las actuaciones previas, lógicamente. Y en caso de que se acuerde, como así ocurre con mucha frecuencia, no solicitar el internamiento, deberá acordarse por lógica asimismo continuar el procedimiento por la vía ordinaria. Si se acuerda solicitar el internamiento, deberá acordarse la continuación del expediente por la vía preferente sólo si se acuerda esa privación de libertad, pero si el juez acordara la puesta en libertad, tanto por la falta de concurrencia de alguno de los tres motivos que justifican el procedimiento preferente como por cualquier otra razón, seguir con el procedimiento preferente carece de sentido, y procedería siempre la vía ordinaria, en los casos de estancia irregular, claro está.

Un último comentario merece la posibilidad de que se desarrolle un procedimiento preferente de expulsión, sobre la acusación de estancia irregular prevista en el artículo 53.1.a), pero que la decisión de adoptar el procedimiento preferente se fije por la concurrencia del tercer supuesto, es decir, el riesgo para el orden público, la seguridad publicada por la seguridad nacional.

Son estos conceptos jurídicos indeterminados de los que tanto gusta usar y abusar a la normativa sobre extranjeros, pero que han sido acotados por los tribunales otorgándoles su contenido concreto y material en consonancia de coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

Ello nos lleva a las infracciones previstas en la LO 1/92 de seguridad ciudadana, y a lo que es lo mismo, al artículo 53.1.f) y 54.1.a) de la misma LOEX. Por tanto, nos situamos en la siguiente contradicción: ¿es posible que un extranjero en situación irregular suponga un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, que justifique la necesidad de un procedimiento preferente, pero que sin embargo no incurra en ninguno de los supuestos de infracción de la ley de seguridad ciudadana, que suponga que se pueda desplegar el expediente, igualmente preferente, por la vía de la acusación de infracción de los dos artículos citados?. ¿En qué se está pensando?. ¿Si no es posible, a que entonces prever la posibilidad?.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Quizá la única explicación posible, la única diferencia apreciable entre uno y otro supuesto, sea que, si bien las infracciones de la ley de seguridad ciudadana hacen alusión a conductas concretas y personales, de las que es predicable sin ninguna duda el principio de responsabilidad personal, lo que pretende reservar el legislador es un instrumento inconfesable para poder expulsar con un procedimiento rápido, conciso, y expeditivo, a personas que -- independientemente de su actitud y conducta personal -- resulten simplemente "molestas", de forma que además tengan muy limitada, por no decir prácticamente eliminada, su posibilidad de defensa.

Por tanto, y más en concreto:

A) El artículo va más allá de la Ley al convertir en preceptivo ("Asimismo, se tramitarán por el procedimiento preferente...") el seguimiento del procedimiento preferente en los supuestos de estancia irregular, pese a que deban concurrir otros requisitos, cuando la ley, mientras que la ley utiliza la fórmula ("el procedimiento preferente será aplicable cuando..."), POR LO QUE SE PROPONE LA MODIFICACIÓN DE LA FÓRMULA "SE TRAMITARÁN" POR "SERÁ APLICABLE".

B) Se propone la siguiente redacción alternativa:

<< **Artículo 231. Supuestos en que procede el procedimiento preferente.**

1.- La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en los párrafos a) y b) del artículo 54.1, así como en los párrafos d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

2.- Asimismo, si el expediente se tramitara por la infracción prevista en la letra a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se realizarán las oportunas actuaciones previas previstas en el artículo 215 del presente reglamento a fin de determinar si concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que existen motivos de los que se deduzca que el expediente terminará con una resolución de expulsión, y la concreción de esos motivos.

b) riesgo de incomparecencia, entendiéndose por tal *la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos en el*



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Derecho y que hagan suponer que el extranjero sometido al expediente tiene clara intención de fugarse.(art. 3.g) de la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008)

c) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos, concretando los hechos de los que se deduce tal evitación o dificultamento.

d) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, que se deduzca de sus antecedentes penales o de infracciones firmes a lo previsto en la Ley de Seguridad Ciudadana LO 1/1992.

3.- En este último caso se valorará la oportunidad de solicitar del Juez competente la adopción de la medida cautelar de internamiento conforme a lo previsto en el artículo 61.1.d) y 62 de la LO 4/2000, y de adoptar el oportuno acuerdo en tal sentido.

Si no se acordara solicitar el internamiento, se tramitará el procedimiento por los cauces del procedimiento ordinario.

Si se acordara solicitar el internamiento, junto con tal acuerdo se incoará y notificará al extranjero la incoación del procedimiento preferente y se pondrá a disposición del Juzgado competente al extranjero. En caso de que el Juzgado acuerde otorgar el internamiento se continuará el procedimiento por los cauces del procedimiento preferente previstos en este capítulo. Si por el contrario el Juez competente no accediera al internamiento, se acordará la modificación del procedimiento, continuándose el mismo por los cauces del procedimiento ordinario de la Sección anterior del presente capítulo.>>"

Artículo 232: La redacción del Borrador es deudora del actual texto del RD 2393/04, que a su vez lo es de la anterior redacción de la LO 4/00. Sin embargo, con la última reforma, ya no se habla de que "de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión", sino de "Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos..."

Al punto 6 convendría añadir en congruencia con lo dicho antes que "... de la resolución final que pudiera recaer, y sin perjuicio de continuar la tramitación por la vía del procedimiento ordinario, alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares: ..."



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

Art. 232. Iniciación y tramitación del procedimiento preferente.

Se sigue manteniendo idéntica redacción a la actual en el procedimiento preferente y en relación a la asistencia letrada que tantos problemas está dando en la provincia de Girona y en donde no se llama al abogado, por lo que propongo, para garantizar la efectiva asistencia letrada, la siguiente redacción de dicho apartado:

Artículo 232. Iniciación y tramitación del procedimiento preferente.

2. El extranjero deberá ser asistido de letrado/a que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano o idioma oficial de la comunidad autónoma, y ambos de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

DISPOSICIONES ADICIONALES

| Borrador Reglamento | - | Antiguo |
|---------------------------|---|-----------------|
| 1 ^a | | 1 ^a |
| 2 ^a | | 2 ^a |
| 3 ^a | | 3 ^a |
| 4 ^a - novedad | | |
| 5 ^a - novedad | | |
| 6 ^a - novedad | | |
| 7 ^a - novedad | | |
| 8 ^a | | 4 ^a |
| 9 ^a | | 5 ^a |
| 10 ^a | | 6 ^a |
| 11 ^a | | 7 ^a |
| 12 ^a | | 8 ^a |
| 13 ^a | | 9 ^a |
| 14 ^a | | 10 ^a |
| 15 ^a | | 12 ^a |
| 16 ^a | | 13 ^a |
| 17 ^a - novedad | | |
| 18 ^a - novedad | | |
| 19 ^a - novedad | | |
| 20 ^a | | 16 ^a |
| 21 ^a | | 17 ^a |
| 22 ^a | | 18 ^a |



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

| | |
|---------------------------|-----------------|
| 23 ^a | 19 ^a |
| 24 ^a - novedad | |

Las novedades esenciales de esta parte del texto normativo se encuentran en las nuevas disposiciones cuarta a séptima, decimoséptima a décimo novena y en la vigésimo cuarta, fruto, entre otras cosas, de la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1/6/10, sobre el Real Decreto 240/2007, de 16 de Febrero.

Respecto a las disposiciones que mantienen básicamente el contenido del anterior Real Decreto 2393/2004, de 30 de Diciembre, pueden efectuarse las siguientes observaciones:

- En la DA 1^a se incorpora un desafortunado segundo párrafo al apartado primero por el que se determina la **competencia en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero** a la Misión diplomática u oficina consular española en el exterior ante la que se presente la correspondiente solicitud con independencia de que la competencia para resolverla esté atribuida a otro órgano administrativo. Se conculca lo dispuesto en el texto legal, DA 4^a, que establece como órgano facultado para inadmitir a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos en materia de extranjería, a la autoridad competente para resolver. En consecuencia, proponemos su supresión.

Igualmente, entendemos oportuno añadir, en el apartado quinto “haya de ajustarse la actuación de los órganos jerárquicamente dependientes”, suprimiendo “diferentes departamentos ministeriales”. No hemos de perder de vista que las instrucciones cursadas por las autoridades administrativas son una manifestación de la potestad jerárquica, las cuales se configuran como instrumentos de dirección y organización de las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes de quien las dicta, cuyo efecto queda reducido al ámbito interno de la organización administrativa, enmarcadas aquellas instrucciones pues en las relaciones de jerarquía, tratándose de criterios de aplicación de normas que el órgano superior impone al inferior y encuadrables en el marco de las facultades que a los órganos superiores confiere el artículo 21 de la Ley 30/1992, para dirigir con carácter general la actividad de los órganos inferiores. Por lo que, decae dicho carácter y se convierte en un auténtico acto normativo, tanto cuando tienen una eficacia ad extra para los ciudadanos, innovando el ordenamiento jurídico y estableciendo derechos y deberes para los particulares incidiendo en su situación



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

jurídica, como cuando pretenden dirigir la actividad de los órganos que no dependen jerárquicamente del órgano que las ha dictado, en cuyo caso debe dárseles el tratamiento de reglamento y entenderse que se encuentran sometidas a las normas que rigen la elaboración de disposiciones de carácter general.

Proponemos la adición de un apartado sexto con la siguiente redacción: “Las instrucciones dictadas, constitutivas de directivas de actuación u órdenes generales dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que deberán seguir los futuros actos administrativos, serán publicadas en el periódico oficial que corresponda, cuando así se estime conveniente por razón de los destinatarios o en atención a los efectos que puedan producirse”.

Debido al uso que la Dirección General de Inmigración hace de las Instrucciones acudiendo a dicho instrumento de dirección y organización y a tenor del considerable alcance que las mismas ostentan - tanto por lo que se refiere al número de destinatarios a quienes se dirigen y aplican aquellas instrucciones con carácter vinculante como por los efectos que las mismas despliegan en la esfera jurídica de las personas afectadas-, resulta procedente y necesaria la exigencia de la publicación del contenido de las instrucciones de conformidad con las previsiones recogidas en el artículo 21 de la Ley 30/1992 en concordancia con el artículo 59.5 del mismo texto legal; ofreciendo una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos destinatarios de las mismas.

- La DA 8ª ningún desarrollo efectúa de lo establecido ya por la DA 3ª de la Ley de Extranjería, por lo que pudiera suprimirse. Debiera, no obstante, permitirse, como viene siendo una reclamación clásica de los Colegios de Abogados que se permitieran formulas amplias de representación, de igual forma que se contempla en la Ley 30/92.
- La supresión en la actual **DA 9ª**, del párrafo 3º que contemplaba la anterior DA 5ª, supone dejar sin desarrollo lo dispuesto en el artículo 27.5 de la Ley, por lo que valoramos negativamente la modificación y solicitamos su inclusión.

“3.- No obstante lo dispuesto en este Reglamento, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para atender circunstancias extraordinarias y en atención a los intereses mencionados en el apartado anterior, podrá



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

ordenar a una misión diplomática u oficina consular la expedición de un determinado tipo de visado, informará de ello inmediatamente a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y solicitará, en caso necesario, la concesión de una autorización de residencia”.

- En relación con la **DA 10^a**:
 - *Debiera solucionarse el problema común de denegación por la oficina consular o misión diplomática del visado existiendo resolución favorable de la autoridad competente en España, teniendo, además, en cuenta la demora que el recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Madrid, supone y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que dicha dilación implica, como recientemente ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en sus Sentencias nº 141 y 142/2010, de 21 de Diciembre.*
 - *Debiera exigirse la motivación para la denegación de cualquier solicitud de visado.*
 - *Estimamos que el plazo de 10 días para atender los requerimientos que desde la misión diplomática u oficina consular se efectúen so pena de entender desistido al administrado extranjero de la solicitud de visado cursada, debería ampliarse.*
- *Respecto a la DA 23^a, estimamos debiera tenerse en consideración el problema que afecta a los cónyuges de extranjeros residentes en nuestro país como reagrupados, cuando el cónyuge reagrupante adquiere con posterioridad al matrimonio la nacionalidad española y que, apuntaba el Defensor del Pueblo en su informe anual del año 2008. La validez del matrimonio está condicionada a su inscripción en el Registro Civil Central y este organismo tarda más de un año en practicar las inscripciones. Durante ese tiempo, el extranjero afectado permanece indocumentado, en situación administrativa irregular, o no puede ser reagrupado, por lo que se ve privado del ejercicio de los derechos que le corresponden por causas únicamente imputables al deficiente funcionamiento de la Administración. Como se señaló ya por la mentada Institución como posibles soluciones, pudiera emitirse una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión con carácter provisional en tanto se cumple el trámite de inscripción, o canalizar las solicitudes transitoriamente a través del régimen general de extranjería.*

En relación con las **novedades** incorporadas en las Disposiciones Adicionales del borrador del texto reglamentario, cabe realizar las siguientes indicaciones:



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

- En la DA 4ª, relativa a la Dirección Electrónica de Extranjería de los interesados en los procedimientos, proponemos efectuar las modificaciones que se señalan a continuación, sobre el texto del borrador:

1.- ...

De conformidad con lo previsto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, añadir: "la notificación por medios electrónicos", (eliminando, "la asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería") será obligatoria para todos los solicitantes personas jurídicas y voluntaria para las personas físicas, quienes, "podrán, de forma expresa" (por adición, eliminando, "habrán de") señalar dicho medio como preferente o consentir su utilización.

La asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería determinará que todas las notificaciones se practicarán en ésta, - adicionar - "cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas y con personas físicas que de forma expresa hayan señalado este medio electrónico como preferente o hayan consentido su utilización. Y ello" -, sin perjuicio del derecho que al interesado le reconoce el artículo 28.4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

...

Las propuestas obedecen a las siguientes explicaciones:

- El párrafo primero del apartado 1 prevé la asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería de forma automática a todo solicitante en los procedimientos regulados en este Reglamento; por lo que resulta inadecuada la expresión contenida en el párrafo segundo del apartado 1: "la asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería será obligatoria para todos los solicitantes personas jurídicas y voluntaria para las personas físicas..."; por cuanto el carácter obligatorio o voluntario no recae en la asignación de una Dirección Electrónica, que según el párrafo primero se asignará a todo solicitante; sino que es la notificación telemática la que ostenta el carácter de obligatoria o voluntaria en función del interesado destinatario de la misma. El propio párrafo segundo del apartado 1 se remite de forma expresa al artículo 27.6 de la Ley 11/2007, el cual no regula la asignación de dirección electrónica alguna, sino la obligatoriedad de usar sólo medios electrónicos para la práctica de las notificaciones cuando los interesados son personas jurídicas. Efectivamente, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en su artículo 27.6 prevé el



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

carácter obligatorio de la notificación telemática únicamente en aquellos casos en que los interesados se correspondan con personas jurídicas. Asimismo, el artículo 28.1 de la citada Ley 11/2007, dispone que, salvo las personas jurídicas, las cuales tienen obligación de comunicarse con las Administraciones Públicas utilizando solo medios electrónicos, los demás interesados sólo serán notificados utilizando algún medio electrónico en el caso que hayan señalado dicho medio como preferente o hayan consentido su utilización. Es decir, la Ley 11/2007, otorga carácter obligatorio a la práctica de la notificación telemática únicamente en relación a las personas jurídicas, contemplándose el carácter opcional y voluntario de la misma para el resto de los interesados. Sin embargo, la redacción dada por el borrador del reglamento resulta un tanto confusa al regular el carácter voluntario de las notificaciones telemáticas cuando se trata de personas físicas, para a continuación imponer a éstas la obligación (“habrán”) de señalar dicho medio como preferente o consentir su utilización. La regulación de la práctica de las notificaciones debe realizarse de forma rigurosa y escrupulosa, pues la misma debe garantizar el trámite esencial y fundamental de audiencia al interesado, garantizando a la vez el derecho a la defensa y el abanico de los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la CE.

- La redacción del párrafo 3º del apartado 1º, no es del todo correcta, toda vez que la simple asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería no implica automáticamente que las notificaciones deban practicarse en ella; porque a pesar de que dicha dirección electrónica se asigna a todo solicitante (vid. párrafo primero del apartado 1), sólo resulta obligada la notificación telemática cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas y cuando los interesados sean personas físicas que de forma expresa hayan señalado este medio electrónico como preferente o hayan consentido su utilización. Resulta así necesario introducir la puntualización señalada en el precepto.

2.- ...

Si existiendo constancia de la “puesta a disposición del acto objeto de notificación” (por añadidura, suprimiendo “recepción de la notificación”) en la Dirección Electrónica de Extranjería, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que aquélla ha sido rechazada, salvo que de oficio o a



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

instancia del destinatario se compruebe *“o demuestre” (por adición)* la imposibilidad técnica o material del acceso, *“en cuyo caso, el intento de notificación se repetirá por una sola vez.” (por adición)*. El rechazo se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación, y se tendrá por efectuado el trámite, *“siguiéndose” (en lugar de continuándose)* el procedimiento, o *“iniciándose, en su caso, el cómputo del plazo para interponer los recursos que procedan”*. (suprimiendo: *iniciándose, en su caso, el plazo para interponer el recurso que proceda*).

Justificación: Estimamos que las modificaciones introducidas mejoran la redacción ajustando la misma a la terminología utilizada por la Ley 11/2007 y la Ley 30/1992. Dicho apartado prevé de forma expresa el supuesto en que no debe considerarse rechazada la notificación, sin embargo nada regula sobre sus efectos ni como proceder. Resulta aconsejable sustituir la expresión “recepción de la notificación” por la de “puesta a disposición del acto objeto de notificación”; toda vez que el concepto de recepción es fácilmente confundible con el acceso a su contenido, mientras que “puesta a disposición del acto objeto de notificación” y “acceso al contenido del acto objeto de notificación” hacen referencia a dos momentos temporales perfectamente diferenciados por la propia Ley 11/2007.

3.- Los órganos de la Administración General del Estado competentes para la tramitación de los procedimientos regulados en el presente Reglamento y las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo vendrán obligados a efectuar las notificaciones a la Dirección Electrónica de Extranjería, *“en aquellos casos en que la notificación telemática sea preceptiva o bien cuando la misma sea expresamente autorizada o señalada como medio preferente por el interesado” (por adición)*, una vez tenga lugar la implantación de la aplicación informática común a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Razonamiento: Si se omite la precisión, de la redacción del precepto parece desprenderse que las notificaciones telemáticas abarcan a todo interesado.

Proponemos la introducción de dos nuevos apartados en la DA, al resultar convenientes por razones de seguridad jurídica, al concordar con los apartados 1 y 5 del artículo 28 de la referida Ley 11/2007.



Consejo General de la Abogacía Española

Subcomisión de Extranjería

4.- Producirá los efectos propios de la notificación por comparecencia el acceso electrónico por los interesados al contenido de las actuaciones administrativas correspondientes, siempre que quede constancia de dicho acceso.

5.- Tanto la indicación de la preferencia en el uso de medios electrónicos como el consentimiento citados anteriormente podrán emitirse y recabarse, en todo caso, por medios electrónicos.

- En el apartado primero de la DA 5ª, relativa al Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería, estimamos que mejoraría su redacción con el siguiente texto que proponemos:

“Cuando intentada la notificación telemática de las resoluciones en los procedimientos regulados en el presente Reglamento, sin que se hubiese podido practicar la misma, la notificación se hará por medio de anuncio en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería. Transcurrido el período de veinte días naturales desde que la notificación se hubiese publicado en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería se entenderá que ésta ha sido practicada, teniéndose por realizado dicho trámite y siguiéndose el procedimiento, o iniciándose, en su caso, el cómputo del plazo para interponer los recursos que procedan”.