

EL «ESPERADO» REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA: PRINCIPALES NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LA RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DEL REAL DECRETO 557/2011, DE 20 DE ABRIL

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

RAQUEL VELA DÍAZ

*Becaria de Investigación. Área de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Demetrio VICENTE MOSQUETE, don Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, don Juan Antonio LINARES POLAINO, doña María del Carmen MUR GÓMEZ y don José Luis TORTUERO PLAZA.

Extracto:

TRAS la reforma de la normativa de extranjería mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y casi con un año de retraso, ha visto la luz el texto definitivo del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería, mediante el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, una norma que nace revestida del carácter de esencialidad para el desarrollo de los diversos procedimientos de gestión y la adecuada articulación del fenómeno migratorio en nuestro país, a tenor de las remisiones numerosas y de hondo calado que a la misma le dedica la citada Ley Orgánica 2/2009. Tal es así, que esta reforma vino a plantear nuevos interrogantes y a dejar abiertos otros, a la espera de que quedaran resueltos por este Reglamento de desarrollo.

Por este motivo, el presente trabajo pretende abordar algunas de las más destacadas novedades laborales incorporadas al nuevo Reglamento de Extranjería, con relación a la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, por ser esta una de las cuestiones que más repercusiones puede llegar a tener en el diseño de la nueva política migratoria que trata de articularse a través de este conjunto normativo.

Palabras clave: política de empleo, política de inmigración, legislación de extranjería, residencia temporal y autorización de trabajo por cuenta ajena.

THE «EXPECTED» REGULATION OF IMMIGRATION: MAJOR DEVELOPMENTS IN THE REGULATION OF TEMPORARY RESIDENCE AND WORK FOR AN EMPLOYEE OF THE ROYAL DECREE 557/2011 OF 20 APRIL

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

RAQUEL VELA DÍAZ

*Becaria de Investigación. Área de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Demetrio VICENTE MOSQUETE, don Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, don Juan Antonio LINARES POLAINO, doña María del Carmen MUR GÓMEZ y don José Luis TORTUERO PLAZA.

Abstract:

FOLLOWING the reform of the immigration regulations through an Organic Act 2/2009 of December 11, and almost a year late, has seen the light the final text of the new Regulation of the Immigration Act. By means of Royal Decree 557/2011, of April 20, a standard that is born lined with the nature of essentiality for the development of the various procedures for the management and the appropriate articulation of the migratory phenomenon in our country, in the light of the referrals numerous and far-reaching that it dedicates the aforementioned Organic Law 2/2009. So much so, this reform came to raise new questions and leave open others, pending that were solved by the regulation of development.

For this reason, this paper aims to address some of the most important labor developments incorporated in the new Immigration Regulations, in relation to the authorization of temporary residence and employment, as this is one of the issues that most impact can have in the design of the new immigration policy that is articulated through this set of normative standards.

Keywords: employment policy, immigration policy, legislation on immigration, temporary residence and work permit for employed persons.

Sumario

1. Planteamiento general.
2. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
 - 2.1. Autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 63.
 - 2.2. Requisitos para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 64.
 - 2.3. Determinación de la situación nacional de empleo: artículo 65.
 - 2.4. Procedimiento para la solicitud y concesión de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 67.
 - 2.5. Denegación de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 69.
 - 2.6. Visado de residencia y trabajo y entrada en España: artículo 70.
 - 2.7. Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 71.
 - 2.8. Efectos de la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 72.
 - 2.9. Conclusiones.

Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Tras la reforma de la normativa de extranjería mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y casi con un año de retraso, el pasado 15 de abril de 2011 fue aprobado por el Consejo de Ministros mediante el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril,¹ el texto definitivo del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX). El retraso en que ha incurrido la aparición de esta norma obedece a que la citada Ley Orgánica 2/2009 concedía en su disposición final tercera un plazo de seis meses desde su publicación, para que el Gobierno dictara las disposiciones de aplicación y desarrollo necesarias.

Los motivos de tan dilatado retraso no se conocen a ciencia cierta, pero sin perder de vista su papel subordinado a la ley que trata de desarrollar, no podemos pasar por alto la actual coyuntura social y económica que de manera indiscutible está influyendo en la realidad migratoria del momento, un auténtico reto que debe haber ejercido una indudable influencia en la redacción del Reglamento, a la hora de concretar las respuestas a los interrogantes que la propia ley deja en algunos casos abiertos, respecto a la adecuada articulación del fenómeno migratorio en nuestro país.² Sin olvidarnos, además, que llevar a cabo las gestiones con una ley sin desarrollo reglamentario suele ser fuente de situaciones de inseguridad jurídica, motivadas por los distintos criterios que, a falta de

¹ BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011 y corrección de errores BOE núm. 145, de 18 de junio de 2011.

² En comparecencia el pasado día 9 de marzo de 2011, la secretaria de estado de Inmigración y Emigración ante la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados, para informar sobre el contenido del texto reglamentario, explicó entre otras cosas las razones del largo periodo empleado para la elaboración del Reglamento, alegando en primer lugar que han querido revisar el texto en profundidad con el fin de adaptarlo a un nuevo ciclo migratorio, y en segundo lugar que han querido potenciar el diálogo y el consenso con los principales actores implicados (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 723, de 9 de marzo de 2011). www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO_723.pdf

definición, pueden barajar para su toma de decisiones los órganos con competencia en los distintos ámbitos que confluyen en la gestión de esta política migratoria. En este sentido, puede entenderse la tensa espera que ha precedido la aparición de esta norma.

Así, en relación con el contenido del nuevo texto reglamentario, hay que tener presentes un conjunto de aspectos que han sido determinantes para su redacción, y para su posterior puesta en marcha:

1. El alcance de las modificaciones que en su día introdujo la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEX que afectaron a todos sus títulos, siendo la más importante de las realizadas tras la aprobación de la Ley de Extranjería del año 2000 (50 de los 71 arts. de la ley fueron revisados y se incorporaron nuevos preceptos), así como los objetivos y las causas principales que motivaron dicha reforma, recogidas en su exposición de motivos y que se resumen así:
 - La incorporación de la doctrina constitucional en relación con los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga.
 - La transposición de un importante número de directivas comunitarias.
 - La necesidad de adaptar nuestra legislación de extranjería a la nueva realidad migratoria.
2. Los pilares básicos en los que se apoya la política migratoria española, como son:
 - La regulación de los flujos migratorios, vinculándolos a la realidad del mercado laboral.
 - El refuerzo de la lucha contra la inmigración irregular.
 - El fortalecimiento de las políticas de integración.
3. Los principios que han guiado la reforma del Reglamento:
 - La consolidación de un modelo basado en la regularidad y la vinculación al mercado de trabajo.
 - La integración y la igualdad de derechos y deberes.
 - El fortalecimiento de la colaboración con las Administraciones locales y autonómicas, proporcionando mayor rigor, transparencia y objetividad en los procedimientos, con el objetivo de fortalecer la cohesión social.

Objetivos, motivos y principios inspiradores todos ellos que el nuevo Reglamento ha debido acomodar con el fin de convertirse en un instrumento legal, ágil y eficaz, capaz de dar adecuadas respuestas a la nueva realidad migratoria que se pretende regular. Reforma, por otro lado, que contiene un importante y amplio contenido laboral, algo que resulta coherente si tenemos en cuenta que el fenómeno migratorio actual obedece mayoritariamente a circunstancias de carácter económico, lo que se traduce en una clara y estrecha vinculación entre inmigración y mercado de trabajo en nuestro país.

Son varios los términos que podríamos emplear para definir el texto del Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería. Se trata de un texto extenso, complejo, denso y bastante exhaustivo, lo que muestra el especial interés de sus redactores por regular de la forma más completa posible cada una de las situaciones jurídicas que pueden plantearse y, de hecho, que ya se han estado planteando en la práctica, en cuanto a la problemática que rodea la situación de aquellos ciudadanos no pertenecientes a la Unión Europea, pretendiendo así incorporar los cambios normativos y procedimentales, cuya necesidad se ha venido detectando desde la aprobación del Reglamento de Extranjería del año 2004.³

Estas características que pueden serle atribuidas a la nueva norma de desarrollo son asimismo coherentes si tenemos en cuenta los artículos de la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEX, que de una manera explícita invocan la necesidad de desarrollo reglamentario:⁴

- Cinco artículos del título I (Derechos y libertades de los extranjeros).
- Catorce artículos del título II (Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros).
- Siete artículos del título III (De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador).
- Un artículo del título IV (Coordinación de los poderes públicos).
- Cuatro disposiciones adicionales.
- Una disposición final.

Por tanto, un total de 27 artículos y 5 disposiciones de la reformada Ley de Extranjería remiten a un nuevo desarrollo reglamentario, puesto que quedan sin concretar en algunos de sus aspectos. Pero además debemos añadir que se han incorporado a la reciente norma de desarrollo nuevos preceptos no contemplados en el anterior Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, con un incremento en el articulado que ha pasado de 165 a 266 artículos, así como importantes modificaciones en la redacción de un gran número de los mismos, incrementándose también su extensión.

El Reglamento constituye una norma esencial en materia de extranjería ya que afecta a los procedimientos de gestión en esta materia, delimita las competencias de las diferentes Administraciones públicas y afecta de una manera muy importante al régimen de flujos migratorios de carácter

³ No obstante, debemos mencionar la recepción «poco calurosa» del nuevo reglamento por parte de las ONG que trabajan con población inmigrante, pues a la vez que el texto era aprobado en Consejo de Ministros, un total de 84 organizaciones sociales emitieron un manifiesto conjunto para expresar su «rechazo frontal» a la norma, pues consideran que la misma no protege los derechos del colectivo inmigrante, que representa ya el 12 por 100 del total de la población en España. www.publico.es/espana/371567/mas-de-80-entidades-se-unen-contra-el-nuevo-reglamento

⁴ De manera más detallada, *vid.* AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A.G.: «La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los Derechos Humanos», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 22, diciembre 2009, pág. 109-145.

laboral, por lo tanto se convierte de manera indiscutible en una pieza clave de la política migratoria del Gobierno.

A lo largo de las páginas siguientes trataremos de valorar si esta norma ha venido a colmar aquellos interrogantes que la propia legislación de reforma de la LOEX dejaba abiertos a la espera de su concreción por la misma. Igualmente, y en relación con algunas de las novedades más destacadas de contenido laboral, abordaremos la cuestión relativa a si el nuevo Reglamento perfecciona y mejora los mecanismos para la gestión migratoria, y si los mencionados objetivos y fundamentos han sido la base que ha guiado su reforma.

Por la mayor incidencia que tiene en nuestro país el trabajo por cuenta ajena en las relaciones laborales de los trabajadores inmigrantes extranjeros, consideramos de especial interés centrarnos en el análisis de los artículos que contemplan las modificaciones más novedosas y de mayor calado introducidas en relación con la autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena, puesto que se trata de la modalidad reguladora de las condiciones para que un trabajador extranjero pueda llevar a cabo su proyecto laboral y social en nuestro país, y del que se hace derivar, en última instancia, el estatus jurídico-administrativo con que va a contar el trabajador extranjero por cuenta ajena en España.

2. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA

Bajo la rúbrica «Residencia temporal», el título IV del Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, recoge la mayor parte de situaciones jurídicas en las que pueden encontrarse aquellos ciudadanos de países no pertenecientes a la Unión Europea que deseen trabajar en España, especialmente en su capítulo III, que regula la «residencia temporal y trabajo por cuenta ajena».

El mencionado título aparece conformado por 10 capítulos, cada uno de los cuales regula las distintas modalidades de residencia temporal con las que un extranjero puede permanecer en territorio español, por un periodo superior a 90 días e inferior a 5 años, periodo similar al contemplado en el anterior Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

En este sentido, este título IV se abre con el artículo 45, que viene a enumerar los distintos tipos de autorización existentes para los casos de residencia temporal de los extranjeros. La regulación de 10 modalidades diferentes de autorizaciones temporales de residencia viene a definir de manera muy exhaustiva el motivo exacto por el que una persona extranjera se encuentra residiendo en nuestro país, determinando así detalladamente si el motivo obedece o no a razones laborales y bajo qué circunstancias (por cuenta ajena, de duración determinada, para investigación, para trabajo de profesionales altamente cualificados, por cuenta propia, etc.).

De esta manera, y como ya hemos indicado, el nuevo Reglamento de Extranjería destina el capítulo III de su título IV a la regulación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuen-

ta ajena, dedicando 11 extensos preceptos de su articulado para tal fin: del artículo 62 al artículo 72, preceptos del reciente Reglamento que analizaremos en los epígrafes siguientes.

2.1. Autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 63

De acuerdo con el artículo 63 del nuevo Reglamento de Extranjería, la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena habilitará para trabajar a aquellos extranjeros que residan fuera de España, siendo necesario como requisito inicial haber obtenido el visado correspondiente. Pero además, la validez de dicha autorización queda supeditada a que se produzca el alta del trabajador extranjero en la Seguridad Social en un plazo máximo de tres meses desde su entrada legal en España, con independencia de cuál sea la Administración con competencias para su concesión, pudiéndose tratar de la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma que ya haya asumido o pueda asumir en el futuro competencias en la gestión inicial de las autorizaciones de trabajo.

El requisito de alta en la Seguridad Social no solo lo vamos a encontrar en este capítulo, sino en todos aquellos que regulan y hacen referencia a la situación laboral de los extranjeros, lo que encuentra su razón de ser en el artículo 36.2 de la propia LOEX, que viene a establecer que «la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial va a estar condicionada al alta del trabajador en la Seguridad Social». La referencia general establece un plazo de tres meses desde que el extranjero entra legalmente en España, aunque en algunos procedimientos se contempla una reducción de este plazo a un mes.

Este requisito se convierte, por tanto, en un elemento sine qua non para la continuidad laboral del trabajador extranjero, pues si el alta en la Seguridad Social no llega a producirse, el trabajador debe abandonar el territorio nacional, pasando a una situación de irregularidad administrativa, con la posibilidad de la correspondiente sanción por infracción grave.

En este sentido, cabe plantearse una importante cuestión consistente en conocer si las bases de datos que maneja la Seguridad Social y las que son utilizadas por los órganos con competencia en la gestión de la inmigración en nuestro país están cruzadas, con el fin de conocer si un extranjero que inicialmente entró en España de forma regular no ha sido dado de alta en la Seguridad Social en el plazo máximo establecido por la ley.⁵ El que se suscite esta cuestión es lógico, dada la importancia que el legislador presta a este requisito. Si realmente no se ha puesto en marcha un sistema informático cuyos dispositivos permitan dar a conocer el incumplimiento de la condición de alta en la Seguridad Social, este precepto legal pierde de alguna manera su razón de ser, puesto que en los casos en que el futuro trabajador extranjero no comunique la situación, será casi imposible tener constancia de ella.

⁵ ROJO TORRECILLA, E.: «Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena», 13 de febrero de 2011, <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/aproximacion-al-contenido-de-interes.html>

A este respecto, el artículo 68 de la LOEX, en relación con las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de tramitación de autorizaciones iniciales de trabajo, y con el fin de asegurar la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio nacional, exige expresamente «la celeridad y uniformidad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones para el ejercicio de sus respectivas competencias». Requisito de actuación coordinada que, por otro lado, ya venía exigido con carácter general por la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como lógico complemento a lo anterior, la disposición adicional quinta de la LOEX, en su apartado tercero, recoge la puesta en marcha de una aplicación informática común para la tramitación de los procedimientos regulados en la norma, con la que se pretende dar cumplimiento a las citadas exigencias de celeridad y uniformidad procedimental y del intercambio de información entre las distintas Administraciones implicadas, en el intento de garantizar con ello unos estándares comunes de actuación en todo el territorio nacional.⁶

De esta manera, la mencionada disposición vino a prever la colaboración entre Administraciones mediante la cesión de datos relativos a las personas afectadas por los procedimientos regulados en esta ley orgánica, así como en sus normas de desarrollo. Además, y de manera más precisa, el segundo punto de la citada disposición insta, entre otros organismos, a la Tesorería General de la Seguridad Social para que facilite a la Administración General del Estado el acceso directo a los ficheros, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, con el fin de llevar a cabo las actuaciones y procedimientos regulados en el conjunto normativo de extranjería. De igual manera, recoge que los mismos organismos también habrán de facilitar la información necesaria a las Comunidades Autónomas para que puedan ejercer sus competencias sobre autorizaciones iniciales de trabajo.

Por su parte, el reciente Reglamento de Extranjería hace referencia en su disposición adicional sexta, por un lado, a la implantación de una aplicación informática común para la tramitación de procedimientos, como cumplimiento de lo previsto en la citada disposición adicional quinta de la LOEX y, por otro lado, hace mención a los intercambios sobre información entre órganos de la Administración General del Estado para la tramitación de las distintas fases de los procedimientos en materia de extranjería e inmigración. Sin embargo, en ningún momento hace una alusión expresa al acceso por parte de los órganos competentes en materia de extranjería a las bases de datos pertenecientes a la Seguridad Social, déficit que resulta difícil de justificar dada la trascendencia que el nuevo texto reglamentario otorga a este requisito.

En relación con esta cuestión también debemos indicar que el Dictamen 515/2011 emitido por el Consejo de Estado⁷ sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX viene a mencionar, entre los antecedentes del citado proyecto, el establecimiento por

⁶ MOLINA HERMOSILLA, O.: «Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo», XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

⁷ www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2011-515

parte de la disposición final tercera de una *vacatio legis* de dos meses hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento, desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado. A este respecto cabría preguntarse si transcurrido dicho periodo y una vez en vigor la nueva norma reglamentaria, está definitivamente implantada la aplicación informática común para la tramitación de procedimientos de la que, como hemos visto, se hace eco tanto la Ley de Extranjería como el texto del nuevo Reglamento, pues de no ser así, muchas de las previsiones y requerimientos señalados en el texto reglamentario quedarían vaciados de contenido hasta su puesta en marcha.

Por otro lado, y en relación también con el artículo 63 del nuevo Reglamento de Extranjería, la autorización inicial a la que se refiere tendrá un año de duración, quedando limitada la prestación laboral inicial desde el punto de vista geográfico a una sola provincia y desde el punto de vista laboral a una ocupación,⁸ a diferencia del anterior Reglamento que hacía referencia a un «ámbito geográfico» sin mayor concreción y a un «sector de actividad». En relación con este último, fue la Ley Orgánica 2/2009 la que introdujo esta nueva terminología, con lo que las referencias que anteriormente se expresaban con los términos «sector de actividad» fueron sustituidas por las de «ocupación». Podemos considerar que el término «ocupación» restringe claramente la actividad a una única labor o faena concreta y determinada, sin embargo, el término «sector de actividad» ofrece, dentro de unos márgenes, un abanico más amplio de posibles ocupaciones pertenecientes a un mismo ámbito.

2.2. Requisitos para la concesión de una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 64

En cuanto a los requisitos necesarios para la concesión de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, recogidos en el artículo 64 del nuevo texto reglamentario, encontramos algunas novedades en relación con el anterior Real Decreto 2393/2004.

En relación con la primera de ellas, recogida en el apartado 3 b) del citado artículo 64, el empleador debe presentar un contrato de trabajo firmado tanto por él como por el trabajador, formalidad que el Real Decreto 2393/2004 no recogía, puesto que solo hacía mención a la presentación de una oferta de trabajo por parte del empresario. Además, la fecha de comienzo del contrato estará obligatoriamente condicionada «al momento de eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena», esto es, al momento de afiliación y alta del trabajador en el régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación que, como ya hemos señalado, se convierte en requisito fundamental puesto que va a condicionar tanto la eficacia de la autorización concedida, como el momento en que el trabajador puede comenzar a trabajar, y así viene a establecerlo el artículo 70 en su apartado séptimo.

⁸ Es curioso con relación a esta limitación que dicho artículo 63 en su apartado primero establezca que la autorización inicial se limitará, además de a un ámbito geográfico provincial, a una «ocupación». Sin embargo, en su apartado quinto, va más allá, indicando en relación con la autorización inicial que se limitará a una «ocupación determinada».

De acuerdo, pues, con este requerimiento, puede ocurrir que un trabajador extranjero se encuentre en España de manera legal pero no pueda trabajar por causas no imputables a su voluntad, al menos durante este periodo máximo de tres meses que el Reglamento otorga a la parte empresarial para que formalice la regularidad del trabajador en el ámbito de la protección social.⁹ De lo contrario, estaría desempeñando la actividad laboral de manera irregular, pues el apartado tercero del artículo 64 que nos ocupa, viene a contemplar de manera precisa en relación con la actividad laboral a desarrollar por el extranjero que se pretende contratar, entre otros requisitos, que el empleador presente un contrato de trabajo firmado por ambos y que dicho empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen de Seguridad Social.

Esta nueva condición de presentar un contrato de trabajo firmado por ambas partes, así como la obligatoriedad del alta del trabajador extranjero en el régimen de Seguridad Social correspondiente, tratan de ser, por un lado, una garantía para consolidar una política migratoria basada en la regularidad y, por otro, el hecho de asegurar la contratación trata de garantizar los derechos de los trabajadores inmigrantes, velando así por una integración social plena, y desde el inicio, de esta población que llega a nuestro país con un proyecto de carácter eminentemente laboral.

En cuanto a la segunda novedad recogida en el apartado 3 c) del artículo 64 del nuevo Reglamento, además de exigir desde el principio la existencia de un contrato de trabajo suscrito por ambas partes, el texto viene también a establecer que en el caso de que la contratación del trabajador extranjero se celebrara a tiempo parcial, «la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional (SMI) para jornada completa y en cómputo anual». El texto no aclara el motivo por el que introduce este requisito, pero sin duda resulta innovador si tenemos en cuenta la propia regulación del SMI. Así, el Real Decreto 1795/2010, de 30 de diciembre,¹⁰ por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2011, señala en su artículo primero: «Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad» y, añade más adelante, «si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata».

Si tenemos en cuenta que el principal objetivo que se le puede atribuir al SMI es el de proteger determinadas profesiones que se caracterizan en nuestro país por sus salarios ínfimos, podemos considerar que esta modificación trata de ser una garantía para la percepción de una retribución dineraria más justa, que evite, en la medida de lo posible, situaciones de desprotección económica, pues no olvidemos la especial vulnerabilidad del ciudadano extranjero que viene a España a trabajar y que necesita los medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades más básicas y, en su caso, las de su familia, se encuentre esta o no en nuestro país. Por otro lado, es una manera de evitar posibles abusos por parte del empleador, puesto que es bien sabido que una de las fórmulas más frecuentes de fraude a la Seguridad Social consiste en formalizar un contrato de trabajo a tiempo parcial, desempeñando en la práctica el trabajador las tareas laborales durante la jornada completa.¹¹

⁹ ROJO TORRECILLA, E.: «Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena», 13 de febrero de 2011 (<http://eduardorjoblog.blogspot.com>).

¹⁰ BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010.

¹¹ En relación con esta novedad introducida, el Informe de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía sobre el Borrador del Reglamento de la Ley de Extranjería considera que al final del precepto se le debería añadir: «Si se presentan dos o más contratos parciales con diferentes empleadores que sumados no llegaran a la jornada comple-

En este sentido, la norma reglamentaria parece estar presumiendo probables situaciones de fraude en cuanto a los contratos a tiempo parcial que se formalicen con trabajadores extranjeros. Pero no podemos olvidarnos de uno de los principios inspiradores de nuestro Ordenamiento Jurídico según el cual el fraude no se presume nunca sino que es necesario demostrarlo. Sin embargo, esta presunción de fraude tampoco nos resulta del todo novedosa, puesto que no olvidemos que en otras ocasiones nuestro legislador ya lo ha tenido en cuenta.¹²

El hecho de establecer que la retribución del trabajador extranjero será igual o superior al SMI, pese a que el contrato se celebre a tiempo parcial, se trata de una medida realmente innovadora pero que consideramos que conlleva el riesgo de prestarse a una doble lectura.

Por un lado, y teniendo en cuenta que ninguna norma reconoce esta protección a los trabajadores nacionales, podemos encontrar en la práctica situaciones similares que jurídicamente van a merecer un tratamiento distinto con base en un criterio de nacionalidad, o dicho en otras palabras, que se va a prestar un trato desigual, en este caso más favorable a los trabajadores extranjeros respecto a los nacionales, ante una misma situación. Por otro lado, también corremos el riesgo de que esta medida que inicialmente parece perseguir una finalidad tuitiva del trabajador extranjero, evitando posibles abusos por parte de sus contratantes, puede terminar convirtiéndose en una medida desincentivadora para la propia contratación de estos trabajadores extranjeros, favoreciéndose, por el contrario, la contratación a tiempo parcial de los trabajadores nacionales frente a ellos, puesto que en estos casos no pesará la carga para el empresario de abonar íntegramente el SMI, sino en función a la jornada contratada.

No obstante, es posible una segunda lectura mucho más positiva de esta previsión normativa que ahora incorpora el texto reglamentario, en el sentido de entender que con la misma se trata de contribuir a la consecución de uno de los principales objetivos que ha inspirado la reforma del Reglamento de Extranjería, como es el relativo a la consolidación de un modelo basado en la regularidad y la vinculación al mercado de trabajo. Para ello, los Poderes Públicos tienen la obligación de velar por un mercado de trabajo de calidad, que permita el desempeño de la actividad laboral en unas condiciones dignas que favorezcan la regularidad y la integración. En esta dirección, y en coherencia con este principio, el texto del nuevo Reglamento trata de instaurar unas condiciones laborales mínimas en cuanto a la percepción salarial del trabajador extranjero. Incluso con respecto a la jornada laboral, pues es una manera de impulsar la celebración de contratos a jornada completa frente a los de jornada parcial en un momento de coyuntura social y económica caracterizada por una grave situación de crisis.

Por último, y en relación con la situación nacional de empleo a la que también hace referencia el artículo 64 del nuevo Reglamento, además de no tenerse la misma en cuenta en los supuestos que

ta, deberán cubrir el SMI en proporción a las horas de los contratos a tiempo parcial». La motivación alegada es porque consideran que esta posibilidad se ajusta más a las necesidades actuales del mercado laboral. www.abogados.es/portala-BOGADOS/archivos/ficheros/1298911107161.pdf

¹² Así por ejemplo, esta presunción de posibles situaciones de fraude la encontramos en la disposición adicional décima contenida en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, viniendo a establecer que los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años aunque estos convivan con el trabajador autónomo, quedando excluida la cobertura por desempleo de los mismos (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007 y corrección de errores BOE núm. 230, de 25 de septiembre de 2007).

especifica el artículo 40 de la LOEX, tampoco se tendrá en cuenta cuando así lo establezca algún convenio internacional.

2.3. Determinación de la situación nacional de empleo: artículo 65

Este nuevo artículo viene a regular la situación nacional de empleo de una manera extensa, poco concisa y ciertamente compleja, en la que van a cobrar un papel protagonista los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, pues van a ser en definitiva los competentes para determinar las ocupaciones que deberán incluirse en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, junto con otros cometidos nuevos de tipo burocrático que deberán gestionar y que de forma novedosa contempla el referido precepto.

Ya a lo largo del articulado de la LOEX encontramos varias alusiones a la «situación nacional de empleo». Por un lado, en su artículo 2 bis, en cuyo punto 2 anuncia cuáles son los principios sobre los que las Administraciones públicas basarán el ejercicio de sus competencias, siendo uno de ellos el contemplado en el apartado b) «la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo». Por otro lado, tenemos que remitirnos a la redacción del artículo 38, en cuyo apartado 1 señala que para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, para trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, pero este apartado no aclara quién determina dicha situación nacional de empleo. En este sentido, su artículo 38.2 establece que será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal, con la información que para ello proporcionen las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales, debiendo quedar plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Dicho Catálogo contendrá una relación de ofertas de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros, siendo aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Partiendo de esta base establecida en la ley, el citado artículo 65 del nuevo Reglamento de Extranjería recoge de manera detallada cómo ha de elaborarse el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, que además de incluir la información que faciliten los Servicios Públicos de Empleo, también tendrá en consideración «las estadísticas elaboradas por las Administraciones públicas y, especialmente, la relativa a personas inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo».

Pero la principal novedad introducida, a la que se hace referencia además en diversas ocasiones a lo largo del precepto, viene a señalar que «podrán no ser incluidas en Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo».¹³ Una afirmación que no queda nada clara ni concreta, en cuanto a los criterios que debe-

¹³ En este sentido, una de las alegaciones al Reglamento contenida en el Informe de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, considera directamente que habría que eliminar este párrafo pues estima que esta facultad otorgada a la Administración deja abierta la posibilidad de que, con base en hipotéticas políticas de inserción, se dejen sin cubrir puestos de trabajo que podrían ofertarse a trabajadores adecuados para dichas ocupaciones. www.abogad.es/portal/ABOGADOS/archivos/ficheros/1298911107161.pdf

rán seguir los Servicios de Empleo para la programación de dichas actividades formativas y de la que se desprenden algunas dudas razonables tales como:

- ¿Qué pauta se seguirá para determinar qué ocupaciones son susceptibles de no ser incluidas en el Catálogo?
- ¿Se convierte así en criterio decisivo el organizar este tipo de acciones formativas con el fin de cubrir las ocupaciones de difícil cobertura con trabajadores nacionales, evitando así la entrada de trabajadores extranjeros?
- ¿Qué criterio de selección entre los desempleados demandantes de empleo se seguirá para la participación en estas acciones formativas?, ¿por afinidad de ocupaciones?, ¿por antigüedad de su demanda de empleo?
- ¿Qué solución se le ofrece con ello al empresariado que está ya demandando este tipo de perfil profesional capaz de cubrir las necesidades de contratación que siente su empresa?

Podríamos preguntarnos cuál es el motivo que ha generado esta inclusión novedosa en el reciente Reglamento de Extranjería, y tratando de usar la lógica interpretativa podríamos deducir que el telón de fondo no es otro que evitar por todos los medios que resulte posible la entrada de nuevos trabajadores extranjeros a nuestro país, debido a la situación de recesión económica que estamos viviendo desde el año 2008, que está teniendo una especial incidencia sobre el empleo, y aunque España no es el único país afectado ya que el desempleo ha crecido en todos, sí es cierto que está golpeando más fuerte que en otros países del entorno europeo, lo que ha generado una tasa de desempleo de un 20 por 100 aproximadamente.¹⁴

Con esta cruda realidad, el trasfondo de esta cuestión no puede ser otro que el tratar de aprovechar la mano de obra disponible en España, evitando en la medida de lo posible el tener que recurrir a trabajadores extranjeros que se encuentran fuera de nuestro país para ocupar los puestos que, por sus características, son más difíciles de cubrir.

No obstante, tras la lectura del texto legal tenemos la impresión de que el legislador «tira la piedra pero esconde la mano» o, dicho con otras palabras, está situando la pelota en el tejado de los Servicios Públicos de Empleo, ya que trata de cubrir los puestos de trabajo de difícil cobertura con mano de obra en situación de desempleo, pero no lleva a cabo una regulación clara al respecto, sino que designa a los Servicios de Empleo como responsables para llevar a cabo semejante cometido.¹⁵

Opinión que por otro lado comparte el profesor ROJO TORRECILLA, por la indeterminación del precepto y por la carga de trabajo administrativo que incorpora, sin que pueda razonablemente preverse un resultado positivo.

ROJO TORRECILLA, E.: «Una nota sobre algunas alegaciones de contenido laboral al RELOEX en el informe de la subcomisión de extranjería del CGAE», 5 de marzo de 2011, <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/03/una-nota-sobre-algunas-alegaciones-de.html>

¹⁴ La Encuesta de Población Activa cierra el cuarto trimestre del año 2010 con una tasa de paro del 20,33 por 100, www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0410.pdf

¹⁵ En este sentido, el profesor ROJO TORRECILLA considera que el legislador quiere reducir a la mínima expresión, o incluso suprimir si pudiera, el Catálogo, en un momento como este en que el desempleo en España es tan elevado, pero no se

El apartado segundo del artículo 65 que nos ocupa viene también a contemplar la posibilidad de contratación por parte del empleador en aquellas ocupaciones que no estén calificadas como de difícil cobertura si puede acreditar la dificultad de cubrir dichos puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno, para lo que deberá presentar una oferta de empleo en los Servicios Públicos de Empleo. Transcurridos los plazos establecidos (15 días para la publicidad de dicha oferta y 25 días desde su presentación para comunicar al Servicio de Empleo el resultado de la selección), el Servicio Público de Empleo emitirá, si procede, y en un plazo de 5 días contados a partir de la comunicación por parte del empleador del resultado de la selección, una certificación de insuficiencia de demandantes. Pues bien, el texto del nuevo Reglamento vuelve a incidir en la cuestión anterior, indicando que el certificado emitido, además de contener la información básica acerca de la oferta, incluirá también «una valoración sobre si se trata de una ocupación que podría ser cubierta por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo».

En definitiva, lo que viene aquí a indicar el precepto es que el Servicio Público de Empleo debe emitir una valoración (el mismo término empleado es ya bastante discrecional, con el riesgo de que todos los informes sean estándar) de si la ocupación, una vez comprobado que no hay demandantes de empleo que en principio puedan ocuparla, puede ser ocupada por alguno de estos mismos demandantes tras su participación en actividades formativas. Pero, de nuevo, deja totalmente en el aire los requisitos que deben cumplir dichas acciones de formación.

Al mismo tiempo, esta ausencia de regulación de los criterios a seguir por los distintos Servicios Públicos de Empleo a la hora de valorar si una ocupación podrá o no ser desempeñada por algún demandante de empleo residente en territorio nacional, debiendo en caso afirmativo de proveerle una formación adecuada, puede generar indudables desigualdades territoriales, en función de cuáles sean los criterios que finalmente puedan adoptar los distintos servicios autonómicos de empleo, lo que a su vez puede terminar traducándose en una evidente falta de seguridad jurídica.

Sin embargo, este certificado no termina de ser definitivo, puesto que el texto legal indica también al respecto que la Oficina de Extranjería competente tendrá en consideración la valoración en cuanto a «si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa impulsada por el Servicio Público de Empleo», con lo que se deja también un espacio de intervención a la Oficina de Extranjeros, que tendrá, en todo caso, en su mano la decisión definitiva para tramitar o no la oferta en el exterior.

De lo anterior se desprende, sin duda, una excesiva burocratización de los trámites a seguir que darán lugar a retrasos en los distintos procesos. Pero también podríamos añadir un posible desacuerdo entre la valoración efectuada por los Servicios de Empleo y la consideración que de la misma lleve a cabo la Oficina de Extranjeros; una laguna que el legislador parece no tener en cuenta, pues si ambas valoraciones van a estar siempre en la misma línea no tiene sentido la intervención de la Oficina de

atreve a formularlo en estos términos y por ello traslada «la carga de la prueba» a empleadores y responsables de los Servicios Públicos de Empleo.

ROJO TORRECILLA, E.: «Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena», 13 de febrero de 2011, http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/aproximacion-al-contenido-de-interes_13.html

Extranjeros, ya que, como hemos afirmado, sería una carga burocrática más. Pero en el caso de que las valoraciones emitidas por ambos organismos planteen posturas diferenciadas, entendemos, por el tenor de la norma, que será la Oficina de Extranjeros la que tenga la última palabra, incluso prevaleciendo sobre la valoración emitida por el órgano competente en la gestión del mercado de trabajo, por lo que su valoración deberá tener una base y una motivación suficientemente sólidas como para oponerse a la emitida por el Servicio Público de Empleo correspondiente.

De lo que no cabe duda es del especial interés mostrado por el legislador en potenciar la realización de acciones formativas especializadas que provean del aprendizaje suficiente para el desempeño por parte de los trabajadores españoles de los posibles puestos de trabajo que se oferten, poniéndolo de relieve en tres ocasiones dentro del artículo 65,¹⁶ con lo que el efecto final será que quedarán restringidas al mínimo posible las ofertas de empleo para extranjeros no residentes en España.

2.4. Procedimiento para la solicitud y concesión de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 67

El artículo 67 del nuevo Reglamento de Extranjería expone de manera detallada el procedimiento a seguir desde que el empleador solicita la correspondiente autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, hasta la concesión y eficacia de la misma, y del que consideraremos los aspectos novedosos más relevantes.

En primer lugar, el apartado primero indica que la solicitud de autorización debe presentarse por el empleador «ante el órgano competente para su tramitación de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral». Ya habíamos apostillado cuando analizábamos el artículo 63 de la norma reglamentaria, que esta autorización va a limitar la prestación laboral inicial de los ciudadanos extranjeros a un ámbito provincial, viniendo ahora a recordar este artículo 67 que la tramitación debe llevarse a cabo en la misma provincia en la que el empleador oferte los puestos de trabajo.

El Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, al regular el procedimiento a seguir en el artículo 51 también recogía esta misma afirmación, es decir, la obligación del empresario de presentar la solicitud de autorización igualmente ante el registro del órgano competente para su tramitación, «correspondiente a la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral». Sin embargo, de manera previa indicaba en su artículo 49 que la autorización podía limitarse a un ámbito geográfico, sin especificar en ningún momento si dicho ámbito era o no provincial. Por otro lado, el citado artículo 51 del Reglamento de 2004 señalaba la posibilidad de presentación de la mencionada solicitud inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que se iba a desarrollar la relación laboral, siempre que esta hubiera asumido las competencias oportunas al respecto, pudiendo otorgarse, por tanto, un ámbito más amplio para el ejercicio de la actividad laboral, en este caso autonómico.

¹⁶ Según considera el Consejo General de la Abogacía Española, estos tres párrafos deberían ser eliminados del texto reglamentario.

Esta última posibilidad también viene contemplada en el nuevo Reglamento mediante la redacción del artículo 68 bajo la rúbrica «Procedimiento en el caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena a Comunidades Autónomas». Así, este precepto viene a señalar que si la Comunidad Autónoma donde se va a desarrollar la actividad laboral hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, la solicitud de la misma se presentará ante el órgano autonómico competente. Pero en ningún momento indica si la actividad laboral estará restringida a un ámbito provincial o a la totalidad del territorio de la Comunidad Autónoma. En este sentido, y de acuerdo con el apartado quinto del artículo 63, la Comunidad Autónoma que tenga reconocidas competencias en esta materia «podrá fijar el ámbito geográfico de la autorización dentro de su territorio».

En todo caso, si algo parece quedar patente es que el nuevo texto reglamentario no trata de fomentar la movilidad laboral de las personas extranjeras, sino justo lo contrario, viene a establecer vinculaciones a territorios concretos (y como ya comentábamos en epígrafes anteriores, vinculaciones a profesiones), por lo que podemos considerar que siguen primando objetivos de control sobre aquellos que hacen referencia a la realización del propio principio de igualdad de oportunidades o a las propias necesidades del mercado de trabajo. En este sentido, si tenemos en cuenta que una de las cualidades que en numerosas ocasiones define a la población inmigrante es justamente su mayor propensión para desplazarse a lo largo del territorio nacional, estas limitaciones se tornan en una verdadera desventaja para los trabajadores extranjeros a la hora de conseguir la igualdad de oportunidades que se proclama como un principio orientador de la reforma. A esto debemos añadirle la menor disponibilidad que de manera generalizada suelen mostrar los trabajadores españoles ante la movilidad geográfica, por lo tanto consideramos que esta limitación territorial que la norma reglamentaria impone a la población extranjera trabajadora no encontraría fácil justificación, convirtiéndose en una traba más, en este caso a su movilidad.

En segundo lugar, y remitiéndonos al apartado séptimo del artículo 67 del reciente Reglamento, el texto legal vuelve a hacer hincapié en el hecho de que una vez obtenida la concesión de la autorización, su eficacia quedará suspendida no solo hasta la obtención del visado, sino también hasta la formalización del alta del trabajador en el régimen que corresponda de Seguridad Social por parte del empleador que solicitó la autorización, situación que deberá producirse en el plazo de tres meses desde su entrada legal en España. Como ya comentábamos, esta formalidad se convierte en un requisito básico para la validez de la autorización solicitada, cuya responsabilidad de cumplimiento recae exclusivamente sobre el empleador.

En una versión anterior que se estuvo barajando como borrador de este nuevo Reglamento, ante la posibilidad de que el empresario no cumpliera con la obligación de dar de alta al trabajador en la Seguridad Social, introducía en su apartado noveno de este mismo precepto una previsión según la cual, si el trabajador extranjero se dirigía al empleador y este le transmitía su intención de no darle de alta dentro del plazo establecido, recaía sobre el trabajador el deber de comunicar esta circunstancia a la Oficina de Extranjería competente. Podemos considerar que el texto del borrador contemplaba una verdadera imposición, pues venía a trasladar un deber de control y posterior denuncia al propio trabajador extranjero.¹⁷ El precepto no iba más allá en relación con el tipo de acciones que podría iniciar la

¹⁷ Este requerimiento resulta ciertamente chocante y en cierta manera contradictorio, si tenemos en cuenta el tenor del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la Ley de Extranjería, que de manera clara y concisa expone que «la

Oficina de Extranjería en el caso de que un trabajador extranjero «denunciara» este incumplimiento: ¿iniciaría las actuaciones necesarias para que el empleador solventara esta omisión?, ¿podría instarse algún tipo de acción sancionadora contra el trabajador por el incumplimiento de esta obligación?, ¿iniciaría las actuaciones necesarias para que el trabajador extranjero abandonara el territorio nacional, por hallarse en una situación de irregularidad administrativa por motivos no imputables a él?

Como hemos afirmado, este precepto en su anterior versión dejaba abiertos estos y otros interrogantes, haciendo necesario el acudir a otro artículo, en este caso el artículo 70, que en este aspecto viene a coincidir con el texto definitivo del Reglamento, para conocer las acciones que se podían iniciar por parte de la autoridad competente en aquellos casos en que esta tuviera constancia del incumplimiento por parte del empleador de su deber de formalizar el alta del trabajador.

Lo que al respecto resultaba un poco incongruente es que dicho apartado del artículo 67 en su anterior versión como borrador del Reglamento no recogiera, de acuerdo con lo que recoge el artículo 38.4 de la LOEX 2/2009, la obligación del empresario, en el caso de que desapareciera la necesidad de contratación del extranjero, de comunicar esta circunstancia a las autoridades competentes, lo que resulta más adecuado a nuestro sistema de Derecho que trasladarle la carga de denuncia al trabajador extranjero.

Afortunadamente, el texto definitivo del Reglamento ha venido a colmar muchas de estas lagunas e incongruencias que presentaba en su redacción anterior, para lo cual ha incorporado profundas modificaciones en el apartado noveno del artículo 67. De esta manera, no solo queda eliminada por completo la obligación del trabajador de comunicar al órgano competente la intención del empleador de no darle de alta en la Seguridad Social, sino que en la redacción definitiva establece que si el empleador que solicitó la autorización inicial comunica a la Oficina de Extranjería, en un plazo de 15 días desde que el trabajador extranjero entró en territorio español, la no posibilidad de inicio de la relación laboral, dicha comunicación supondrá la apertura de un plazo de 45 días, en el cual un segundo empleador interesado podrá iniciar una relación laboral con dicho trabajador, siempre y cuando acredite que cumple los requisitos previstos.

De igual manera, el texto del nuevo Reglamento añade un tercer párrafo al apartado noveno del citado artículo 67, que permite al trabajador extranjero, tras la comunicación por parte del empleador de la imposibilidad de inicio de la relación laboral, y una vez que a este trabajador le haya sido entregado por la Oficina de Extranjería el documento acreditativo de dicha comunicación, así como de la titularidad de su autorización y su ámbito de limitación, que pueda dirigirse en un plazo de 5 días al Servicio Público de Empleo, con el fin de solicitar sus servicios de intermediación laboral.

Por tanto, podemos considerar que el objetivo perseguido por esta previsión que finalmente incorpora el Reglamento es que en los casos en que el empleador no pueda iniciar la relación laboral,

carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle...».

y así lo comunique a la Administración, esto no repercute negativamente en la situación del trabajador, sino que tenga la posibilidad de iniciar una nueva relación laboral con un segundo empleador, facilitándole para ello el acceso a los servicios de intermediación ofrecidos por el Servicio de Empleo competente.

Rectificar es de sabios, y así entendemos que se ha hecho en este caso en la versión definitiva con la que aparece dotado el nuevo Reglamento, tratando de evitar la situación de desprotección en la que puede quedar el trabajador extranjero que una vez desplazado al territorio español para iniciar su relación laboral no puede hacerlo por causas no imputables a él, sino al empleador. Aun así, el texto reglamentario debería ser más estricto, obligando de una manera clara al empleador a comunicar su desistimiento en cuanto a la contratación del trabajador extranjero, con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica a la situación de este trabajador.

Por último, y en relación con el citado artículo 67, nos parece importante destacar el contenido de su apartado octavo, pues de forma novedosa contempla que en caso de fallecimiento del empleador o de su desaparición si tiene la condición de empresa, el trabajador podrá ser dado de alta por otro empleador, siempre que esta se produzca dentro de los tres meses desde su entrada legal en España, debiendo acreditar el nuevo empleador el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el Reglamento. En este caso podemos entrever la intención de evitar situaciones de irregularidad administrativa sobrevenida por causas que, igualmente, no se pueden atribuir al trabajador.

Por tanto, y a modo de síntesis, debemos destacar que el texto final del Reglamento posibilita el alta con un segundo empleador bajo tres circunstancias. En primer lugar, en el caso del fallecimiento del empleador (persona física). En segundo lugar, en caso de la desaparición del empleador (persona jurídica). En tercer lugar, cuando el primer empleador respecto al que se concedió la autorización comunique a la Administración que no puede iniciar la relación laboral.

De esta manera, nos parece, pues, coherente lo que al respecto dispone el artículo 67, en correspondencia con un modelo migratorio basado en la regularidad administrativa, como es el que auspicia tanto la LOEX tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, como ahora su norma de desarrollo.

2.5. Denegación de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 69

El artículo 69 del nuevo Reglamento de Extranjería se encarga de enunciar los supuestos ante los cuales los órganos competentes pueden denegar las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Nos parece de interés apuntar una modificación que con respecto a la redacción dada en el Reglamento de 2004 introduce el nuevo texto legal. Así, el apartado 1 c) del artículo 69 de la nueva norma recoge como causa de denegación de la autorización el hecho consistente en que el empleador haya sido sancionado por infracciones calificadas como graves o muy graves en la Ley Orgánica

4/2000 de Extranjería. El Real Decreto 2393/2004, sin embargo, solo recogía como causa denegatoria la sanción al empleador únicamente por las infracciones consideradas como muy graves. De esta manera, el precepto viene a endurecer los requisitos que debe satisfacer el empleador para la concesión de las autorizaciones solicitadas.

Pero no solo queda ahí, sino que la letra g) del apartado primero del citado precepto 69 también considera como causa de denegación de la autorización el que el empleador 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.

En otras palabras, se exige ahora una actuación y un historial íntegros desde el punto de vista jurídico a aquellos empleadores que deseen contratar a trabajadores extranjeros no comunitarios. Pretensión que, por otro lado, nos parece totalmente acertada y coherente, puesto que si se persigue un esfuerzo en la lucha contra la inmigración irregular y se pretende alcanzar una realidad migratoria basada en la regularidad y en la igualdad de derechos y deberes, se debe comenzar sin duda por combatir aquellas actuaciones irregulares y contrarias al buen hacer de los propios empleadores españoles, puesto que son estas el origen de gran parte de las bolsas de irregularidad laboral existentes en nuestro país.

2.6. Visado de residencia y trabajo y entrada en España: artículo 70

Este precepto detalla de manera bastante extensa y exhaustiva los requisitos necesarios para la concesión del visado de residencia y trabajo.

De acuerdo con la letra d) del apartado tercero del artículo 70, entre la documentación que debe acompañar a la solicitud de visado se menciona una copia del contrato, que como ya hemos referido con anterioridad es uno de los requisitos para la concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo. Pero el precepto va más allá, puesto que indica expresamente que dicha copia del contrato debe ir sellada por la Oficina de Extranjería. Esta condición podemos interpretar que denota una cierta desconfianza en cuanto a la debida formalización del contrato de trabajo que de forma previa han debido celebrar empleador y trabajador extranjero, por lo que suponemos que la finalidad de exigir esta aportación no es otra que la comprobación por anticipado de la validez del documento contractual, verificando así que la copia presentada coincida con la información proporcionada por la Oficina de Extranjería o por el órgano autonómico competente sobre el contrato original, pues la no coincidencia es una de las causas de denegación del visado, y así lo establece el apartado 4 f) del citado artículo.

No obstante, este requerimiento adicional pierde su razón de ser si tenemos en cuenta que, seguidamente, el precepto dispone que la misión diplomática u oficina consular verificará de oficio «que se ha concedido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena condicionada» a través de la aplicación informática correspondiente. Nos encontramos, de nuevo, con

una excesiva burocratización que va a venir a provocar el efecto de ralentizar y restar agilidad al proceso de concesión del visado de residencia y trabajo.

En relación con el apartado séptimo del artículo 70 que nos ocupa, se vuelve a poner de relieve la importancia y la trascendencia de la afiliación y alta del trabajador extranjero en un plazo de tres meses en el régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación, pues dotará de eficacia la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Pero en esta ocasión sí se mencionan (apdo. 9, art. 70), como anticipábamos, las acciones a emprender cuando una vez finalizada la vigencia de la autorización de estancia, la autoridad competente no tuviera constancia de que el trabajador ha sido dado de alta.

En primer lugar, el mandato es muy claro y conciso, pues con el incumplimiento de esta formalidad el trabajador extranjero queda obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en una infracción grave por encontrarse irregularmente en España. Como ya poníamos de manifiesto en el análisis del artículo 67, resulta más ajustado a los principios que inspiran nuestro Ordenamiento Jurídico que sea la propia Oficina de Extranjeros, o en su caso el órgano autonómico competente, el que se encargue de verificar el cumplimiento o incumplimiento de esta obligación en el caso de que el empleador no llegue a comunicarlo, evitando que recaiga sobre el trabajador la obligación de denuncia de esta situación. Y si para este cometido es necesario el desarrollo de un programa informático que permita el acceso a la información de la Seguridad Social, la Administración pública deberá iniciar las actuaciones oportunas para la preparación y funcionamiento del dispositivo que lo permita, o bien la puesta en marcha de los protocolos de actuación necesarios que aseguren una colaboración fluida entre ambas Administraciones.

En segundo lugar, el órgano competente requerirá al empleador que solicitó la autorización para que alegue los motivos por los que no se ha iniciado la relación laboral y por los que no ha cumplido la obligación de comunicar esta incidencia a las autoridades, tal y como está previsto en el artículo 38.4 de la LOEX

Pues bien, si el empleador no da ningún tipo de respuesta en un plazo de 10 días, o si se consideran insuficientes las razones alegadas por el mismo, se dará traslado del expediente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que deberá valorar si el empleador ha incurrido en una infracción grave de las previstas en la LOEX. A tenor de las conclusiones que aporte esta labor inspectora, si de ella se determina finalmente la concurrencia de infracción, se le podrán denegar al empresario infractor posteriores solicitudes de autorización en este sentido, por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores.

2.7. Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 71

El artículo 71 del nuevo Reglamento de Extranjería se dedica a exponer los requisitos necesarios para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. A

continuación pasamos a analizar aquellos que, en nuestra opinión, resultan más novedosos en la gestión de nuestra política migratoria.

Una de las novedades incorporadas en relación con el Real Decreto 2393/2004, en cuanto a la renovación de la autorización, una vez cumplido el plazo de expiración, viene recogida en el apartado 2 b) segundo del citado artículo 71. Así, uno de los supuestos que puede alegar el trabajador para poder renovar su autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando esta hubiera concluido es disponer de un nuevo contrato que cumpla con los mismos requisitos que inicialmente se exigieron para la concesión de la primera autorización, y cuyo inicio de vigencia estará condicionado a la concesión de la mencionada renovación.

La diferencia de este precepto con respecto al Real Decreto 2393/2004 estriba en que en este último no se le exigía al trabajador disponer de un nuevo contrato de trabajo, sino simplemente que contara con una nueva oferta de empleo que reuniera los requisitos establecidos en el artículo 50 [a excepción del párrafo a)] del citado real decreto.

De nuevo vuelve a ponerse de manifiesto la importancia que en el nuevo modelo de política migratoria se presta a la existencia de una relación laboral debidamente formalizada, frente a una simple oferta de empleo, puesto que esta última es sin duda menos vinculante que un contrato, que es un documento oficializado en el que se van a precisar las principales condiciones en las que el trabajador va a prestar su actividad laboral.

Por otro lado, tienen también posibilidad de renovación según la letra c) del apartado segundo del artículo 71 aquellos trabajadores que hayan cumplido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, pero tendrán que acreditar acumulativamente tres requisitos. En primer lugar, que la relación laboral que dio lugar a la autorización que se pretende renovar hubiera sido interrumpida por causas ajenas a su voluntad. En segundo lugar, que el trabajador haya buscado activamente empleo. Y en tercer lugar, recoge la necesidad de disponer de un contrato de trabajo en vigor en el momento de solicitar la renovación.

Respecto a la exigencia consistente en que el trabajador haya buscado activamente empleo, cabe formularnos algunos interrogantes, entre los cuales podríamos destacar qué hemos de entender por búsqueda activa de empleo. El único requisito recogido en el apartado 2 c) segundo del artículo 71 afirma que el trabajador ha buscado activamente empleo «mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo». Pero el interrogante que nos surge llegados a este punto es si realmente podemos considerar como búsqueda activa de empleo una formalidad tan simple como la de inscribirse como demandante de empleo en el Servicio Público correspondiente. Consideramos que la norma debería haber sido más específica, conjugando no solo la obligatoria inscripción en los Servicios Públicos de Empleo, sino además la exigencia de participar de manera activa en todas aquellas acciones y programas de inserción sociolaboral que se consideren adecuados por parte de los Servicios de Empleo.

En este sentido, el texto del anterior Reglamento de 2004 era más específico al respecto, puesto que aunque no hacía mención a la obligación de inscribirse en los Servicios Públicos de

Empleo, la misma quedaba sobreentendida en la práctica, ya que recogía de manera expresa que el trabajador busca activamente empleo «participando en las acciones que se determinen por el Servicio Público de Empleo (para lo cual es necesario que se haya formalizado su inscripción) o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas».

Así pues, la redacción del Reglamento precedente era más clara en cuanto que mostraba que una búsqueda activa de empleo implica compromiso activo del trabajador. Sin embargo, el nuevo Reglamento muestra una actitud más pasiva, puesto que la configuración del requisito de búsqueda activa de empleo queda reducido a un mero trámite formal, con connotaciones más burocráticas que de otro carácter. En este sentido, no podemos olvidar que el apartado quinto del artículo 22 de la Ley 56/2003 de Empleo, introducido por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre,¹⁸ de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, establece que a efectos de la intermediación que realicen los Servicios Públicos de Empleo y/o sus entidades colaboradoras, así como en la ejecución de los programas y medidas de políticas activas de empleo, «tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo aquellos que se inscriban como tales en los Servicios Públicos de Empleo».

Al hilo de esta cuestión, y en relación con esta última reforma del mercado de trabajo operada mediante la citada Ley 35/2010, el capítulo IV de la misma recoge algunas medidas para la mejora de la intermediación laboral. Para ello hace una especial referencia a las Agencias Privadas de Colocación que sean autorizadas como posibles colaboradores de los Servicios Públicos de Empleo, en cuanto a la labor de intermediación laboral.¹⁹ Así pues, en el marco del nuevo Reglamento, y en concordancia con las previsiones que en este sentido incorpora la Ley 35/2010, debemos entender implícita que la obligación de inscripción como demandante de empleo en los Servicios de Empleo se entenderá igualmente cumplida con la inscripción formalizada ante una Agencia de Colocación, puesto que tal y como señala ahora el apartado tercero del artículo 20 de la Ley 56/2003 de Empleo, introducido por la Ley 35/2010, «con independencia del agente que la realice, la intermediación laboral tiene la consideración de un servicio de carácter público».

En otro orden de cosas, si nos detenemos en el análisis del artículo 38 de la LOEX, bajo la rúbrica «Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena», descubrimos en su apartado sexto algunos supuestos ante los cuales la autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración.

El primer supuesto, al que hace referencia también el artículo 71.2 a) y b) segundo del nuevo Reglamento, establece que tal renovación ocurrirá cuando prosiga o se renueve el contrato de trabajo que motivó la concesión de la autorización inicial, o bien cuando el trabajador cuente con un nuevo contrato, tal y como hemos analizado al inicio de este epígrafe.

El segundo y tercer supuesto aparecen referidos a los casos en que al trabajador se le hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo, o bien cuando fuera beneficiario de una pres-

¹⁸ BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010.

¹⁹ Previsión que posteriormente ha sido desarrollada por el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010).

tación económica asistencial destinada a lograr su inserción social o laboral, respectivamente. Ambos supuestos recogidos también en el apartado 2 d) del artículo 71 del nuevo texto reglamentario.

En cuarto y último lugar se introduce un supuesto novedoso, ampliando la renovación de la autorización de residencia y trabajo a aquellos casos en los que la extinción del contrato de trabajo o la suspensión de la relación laboral se produzca como consecuencia de ser víctima de violencia de género, supuesto este que no aparecía contemplado inicialmente en la LOEX y que tanto la Ley Orgánica 2/2009, primero, como el nuevo Reglamento de desarrollo, ahora, han venido a colmar.

En este sentido, y sin entrar en profundidad en el análisis de esta cuestión, puesto que ello desbordaría con creces el objeto de este trabajo, no podemos pasar por alto las importantes novedades que la Ley Orgánica 2/2009 y, recientemente, la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio²⁰ han venido a introducir en relación con el tratamiento de la violencia de género en la población femenina inmigrante, dado que es esta la que sufre un mayor nivel de incidencia de este drama social en nuestro país. Esta importancia viene dada por el alcance de algunas de las novedades introducidas con las que, principalmente, trata de facilitarse el acceso a una autorización tanto de residencia como de trabajo por circunstancias excepcionales a las mujeres extranjeras víctimas de este tipo de violencia. Y es que no cabe duda de que uno de los mejores instrumentos para luchar contra las causas profundas de la violencia de género es garantizar la seguridad y autonomía económicas de las mujeres víctimas de estas situaciones. Y para conseguir esa autonomía la medida más eficaz sigue siendo el facilitarles el acceso a un empleo de calidad.²¹

No obstante, la incorporación del artículo 31 bis a la LOEX, operada por la Ley Orgánica 2/2009, y su modificación, como ya se ha apuntado, por la Ley Orgánica 10/2011, que vienen a posibilitar la obtención por parte de estas mujeres extranjeras víctimas de violencia de género de autorización de residencia y trabajo, aparece rodeada de ciertas lagunas e importantes carencias, que hacen necesaria una mayor concreción, y ello pese a que el citado artículo no hace remisión a su desarrollo reglamentario.

En este sentido, las principales dudas interpretativas que surgen en esta materia se plantean en relación con la autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer presunta víctima de estas situaciones mientras se tramita el procedimiento penal, autorización cuyos efectos concluyen «en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales». Dudas tales como determinar, entre otras cuestiones, quién es realmente la autoridad competente para concederla, los criterios a los cuales habrá de atender la concesión de esta autorización con el fin de evitar posibles tachas de arbitrariedad en su concesión, el establecimiento de canales formales de información de la posibilidad de solicitar ambas autorizaciones a favor de la presunta víctima, entre otras muchas cuestiones que, como hemos señalado, no quedan disipadas en el tenor literal de la norma.²²

²⁰ Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la LOEX (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011), en vigor el 29 de julio de 2011.

²¹ MOLINA NAVARRETE, C.: «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE de 29 de diciembre–», *RTSS. CEF*, n.º 264, marzo 2005, pág. 41.

²² Véase de manera más amplia VELA DÍAZ, R.: «La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la "Ley de Extranjería": puntos críticos desde el prisma laboral». *RTSS. CEF*, n.º 326, mayo 2010, págs. 20-23.

El texto del nuevo Reglamento ha contribuido a clarificar esta cuestión a través del capítulo II de su título IV, bajo la rúbrica «Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género», concretamente en los artículos 131 a 134. Así, estos preceptos vienen a dar respuesta a algunas de las carencias que hemos mencionado, tales como el interrogante sobre la autoridad competente para conceder la citada autorización provisional de residencia y trabajo, que recae según el artículo 133.1 del nuevo Reglamento sobre el Delegado o Subdelegado del Gobierno. Sin embargo, el texto reglamentario no indica los criterios que esta autoridad tendrá en cuenta para su concesión o denegación, sino que expresamente recoge que será concedida de oficio. La norma reglamentaria, a este respecto, recoge la novedad que en la LOEX incorpora la repetida Ley Orgánica 10/2011, esto es, la posibilidad de que esta autorización provisional de residencia o de residencia y trabajo también sea concedida a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad o a favor de hijos mayores de 16 años, respectivamente, al igual que posteriormente la autorización de residencia temporal y de trabajo por circunstancias excepcionales.

Volviendo ahora al análisis de los cuatro supuestos que comentábamos, y que derivarán en la renovación de la autorización de residencia y trabajo cuando esta se agote, el artículo 38.6 de la LOEX dejaba abierta la posibilidad de incluir reglamentariamente otras circunstancias no previstas en la ley, afirmando literalmente «cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente».

Pues bien, el nuevo Reglamento ha hecho uso de esta posibilidad que le concedía su norma inspiradora, en el apartado 2 f) de su artículo 71, puesto que expresamente señala otros supuestos de renovación de la autorización, como desarrollo del citado artículo 38.6 d) de la LOEX. En función de esta nueva previsión, y en el marco de los supuestos de reagrupación familiar, además de poder producirse la renovación de la autorización inicial cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos exigidos para proceder a esta reagrupación, se recoge ahora también la posibilidad de renovación cuando este mismo 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, es decir, en los casos de las parejas de hecho.²³

No obstante, y en términos generales, debemos tener en cuenta que la consecución de esta renovación no solo va a depender de la solicitud de la misma acompañada de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 71 que estamos considerando, sino que también será obligatorio presentar un informe emitido por las autoridades autonómicas competentes en el que se acredite, si es el caso, la escolarización de los menores a cargo del trabajador que estén en edad de escolarización obligatoria, pues si esta escolarización no queda acreditada y una vez advertido por escrito el trabajador extranjero no solventa esta situación en un plazo de 30 días, dicha autorización no será renovada.

²³ Es interesante mencionar que el Dictamen realizado por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Borrador del Reglamento de Extranjería propone que también debería abrirse la posibilidad, no solo al supuesto de que el cónyuge o pareja pudiese acreditar disponer de medios económicos en los términos fijados para la reagrupación familiar, sino a que dichos medios fueran acreditados por cualquier familiar en primer grado de parentesco con el solicitante. www.mtin.es/es/sec_emi/IntegralInmigrantes/Foro_integracion/Foro2/dictamenes/dictamen-foroborrador_reloex.pdf

Además, junto con la documentación a presentar por el trabajador que solicita la renovación de su autorización van a tener también un peso importante, a la hora de resolver, la valoración de distintos informes que de oficio puedan solicitar las autoridades competentes. Estos informes pueden contener información sobre la situación penal de la persona extranjera, o sobre el incumplimiento de sus obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social.

En este sentido, y por su carácter más novedoso, nos parece importante detenernos siquiera brevemente en el análisis de aquellos informes que con carácter positivo podrá emitir la Comunidad Autónoma donde resida el trabajador, en los que se certifique el esfuerzo de integración que el mismo haya venido demostrando, informe que podrá ser alegado para su valoración, en el caso de que no se haya podido acreditar el cumplimiento de alguno de los supuestos previstos legalmente para la renovación de la autorización. Dicho de otro modo, la razón de ser de alegar el esfuerzo de integración que puede certificar tal informe es la de suplir o colmar la ausencia de alguno de los requisitos previstos en este artículo para la renovación de la autorización. Así se desprende de la propia literalidad del precepto, sin que quede especificado a cuál o a cuáles de estos requisitos puede reemplazar este informe.

En cuanto al objeto de este informe, que será certificar los esfuerzos de integración realizados por la persona extranjera, de nuevo aquí podríamos preguntarnos cómo puede quedar demostrado dicho esfuerzo de integración. Esta cuestión viene aclarada por el artículo 71.6 del nuevo Reglamento, el cual establece que estos informes deben contener información sobre la participación activa de la persona extranjera en acciones formativas que podrán ser llevadas a cabo por entidades públicas o privadas debidamente acreditadas. Pero no se trata de cualquier acción formativa, sino de aquellas que por su contenido permitan un mayor conocimiento y respeto por los valores constitucionales tanto de España como de la Unión Europea, así como por los valores consagrados en el Estatuto de autonomía de su Comunidad de residencia.

Pero el citado precepto no solo queda ahí, sino que viene también a establecer que se tendrá en especial consideración la participación del trabajador extranjero en acciones formativas cuyos contenidos abarquen determinadas materias como: «los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia»,²⁴ debiendo mencionar la certificación el tiempo de formación dedicado a alguno de estos ámbitos formativos.²⁵

Qué duda cabe que esta esfera de responsabilidad que recae sobre la persona inmigrante, consistente en empeñar sus esfuerzos en el objetivo de integración, debe encontrar como lógica contrapartida los esfuerzos autonómicos por diseñar y ejecutar estos programas formativos, cuyos contenidos se adecuen a los requerimientos establecidos en el nuevo texto reglamentario, lo que exi-

²⁴ Estas materias formativas vinieron contempladas por primera vez en el artículo 2 ter de la LOEX añadido por la Ley Orgánica 2/2009, con el objetivo de la integración entre las personas inmigrantes y la sociedad receptora.

²⁵ En la valoración y propuestas que realiza la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), consideran que los criterios para la renovación de la residencia deben ser iguales para todos los extranjeros, por lo que se debe evitar a toda costa la hipotética arbitrariedad o las prácticas discriminatorias de las Comunidades Autónomas en la elaboración del informe sobre el «esfuerzo de integración». www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/CEAR.pdf

girá al mismo tiempo la dotación de recursos económicos, humanos y técnicos que resulten necesarios para su puesta en marcha, pues de lo contrario la norma podría quedar vaciada de contenido.²⁶

Pero, además, no podemos dejar de añadir una cuestión que entraña cierta dificultad a la hora de que la persona extranjera pueda participar realmente en el seguimiento de estos cursos de integración, y es que sin duda no todas las circunstancias que rodean a estas personas en nuestro país, ya sean de carácter económico, sociales, laborales o familiares van a permitir la realización de acciones formativas. Es más, si por necesidad tiene que iniciar algún tipo de formación para profundizar en los contenidos de alguna disciplina, lo más probable es que ninguna de las materias propuestas en el texto legal dé respuesta a las necesidades formativas que demanda nuestro mercado de trabajo, a excepción quizá del conocimiento de la lengua oficial.

Y en este sentido, no podemos olvidar el fuerte sesgo sectorial que presenta el trabajo de la población inmigrante en nuestro país. De este modo, y más allá de la concreta comunidad autónoma donde desarrollen su actividad los sujetos inmigrantes, esta población presenta como común denominador unas oportunidades similares de desarrollo en unas concretas actividades económicas, lo que resulta determinante a la hora de valorar también las condiciones de empleo y trabajo que encontrará esta población. En definitiva, las oportunidades de integración que encuentra la persona inmigrante tienen una relación directa con el sector de actividad en el que participa en el mercado de trabajo.²⁷ Es por ello que consideramos necesario que las comunidades autónomas diseñen y ejecuten también programas formativos tendentes a contrarrestar esta mayor vulnerabilidad que padece la población inmigrante en cuanto al acceso al empleo y, más concretamente, en relación con su encasillamiento en determinados sectores laborales.

Al hilo de esta cuestión, tampoco podemos dejar de mencionar que esta valoración especial del esfuerzo de integración realizado por una persona extranjera se recogió de manera novedosa en el último párrafo del artículo 31 de la LOEX, redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009, que ya vino a indicar que a efectos de la renovación se valoraría especialmente «el esfuerzo de integración» del extranjero, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certificara la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta misma ley, que son las mismas acciones que recoge ahora la norma reglamentaria. Por lo tanto, el nuevo Reglamento debía definir y concretar qué se entendía por «esfuerzo de integración», pero, sin embargo, se limita a trasladar la literalidad del artículo 2 ter de la Ley de Extranjería, por lo que sigue sin quedar claro cuál es el objeto último de estos informes.

Aunque el acceso a los citados contenidos formativos pueden contribuir a un mejor conocimiento por parte de la población extranjera de nuestra cultura, así como de nuestros valores consti-

²⁶ Así, por ejemplo, el Gobierno de la Comunidad Valenciana ha anunciado que el Compromiso de Integración, por el que los inmigrantes acreditan su deseo de integrarse en nuestra sociedad a través del conocimiento del idioma, nuestra historia e instituciones, podrá impartirse *on-line*. <http://www.latinoamericaexterior.com/seccion/108-C.VALENCIANA> (23 de febrero de 2011)

²⁷ MOLINA HERMOSILLA, O.: «Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo», XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, Barcelona, 20 y 21 mayo de 2010.

tucionales, lo que redundará en una integración más completa, no podemos perder de vista, por un lado, que si estos esfuerzos de integración se van a medir principalmente en atención a las acciones formativas en que se haya participado, es de innegable importancia la posibilidad real de que el colectivo inmigrante pueda acceder con facilidad a estos programas formativos. Por otro lado, que este tipo de formación tan específica tendrá quizá una mayor demanda, una vez que el trabajador extranjero esté ubicado en el país de destino que lo ha acogido para que desempeñe una actividad laboral, pero no mientras consuma sus mayores esfuerzos tratando de abrirse camino en el mercado de trabajo y tratando de cubrir sus necesidades más básicas y, en su caso, las de su familia.

Creemos, por tanto, que la valoración positiva que se puede derivar de la participación en este tipo de acciones formativas a la hora de renovar la autorización que ha expirado puede llegar a suponer una carga administrativa más para el trabajador extranjero, perdiendo de alguna manera el fin último o la verdadera razón de ser de las mismas.

2.8. Efectos de la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena: artículo 72

Como cierre del capítulo III del nuevo Reglamento de Extranjería que viene a regular la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, el artículo 72 establece que la renovación de la mencionada autorización tendrá una duración de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

Según la configuración actual en cuanto a la duración de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo, antes de acceder a la residencia de larga duración es necesario haber sido titular de tres autorizaciones. La autorización inicial tendrá una duración de un año, y está limitada a un ámbito geográfico provincial y a una ocupación, tal y como ya indicábamos en el epígrafe dedicado al análisis del artículo 63. Transcurrido este periodo inicial, la autorización debe renovarse en dos ocasiones, por un periodo de dos años cada una de ellas. De esta manera el trabajador extranjero va a residir y trabajar en territorio español por un periodo total de cinco años, teniendo acceso en ese momento a la residencia de larga duración que menciona el precepto.²⁸

El artículo 72 añade también que una vez que se renueve la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, al trabajador extranjero se le permitirá el ejercicio de cualquier actividad en

²⁸ Con respecto a estos periodos establecidos, una de las propuestas que la CEAR realizó al texto del Borrador del Reglamento de Extranjería consistía en que la autorización inicial se otorgara por un periodo de dos años, y la siguiente por tres años, completando así los cinco años necesarios para acceder a la residencia de larga duración. Solo en el caso de que la renovación se produjera sin contrato de trabajo se otorgaría una nueva autorización por dos años y no por tres. Los motivos alegados para esta modificación es que consideran que esta medida introduciría flexibilidad en el mercado de trabajo, puesto que se posibilitaría a los extranjeros concluir contratos laborales de más larga duración. Por otra parte, a los empleadores se les eliminarían las cargas que tienen que cumplir, al suprimir una de las renovaciones, y se evitarían casos en los que las empresas renuncian a contratar a un trabajador que necesitan porque no están dispuestas a pasar por los trámites burocráticos que requiere una renovación. Consideran así que la contratación sería más ágil redundando en un funcionamiento más fluido del mercado de trabajo.

cualquier parte del territorio nacional. Por tanto, una vez llegados a este punto, se eliminan tanto los límites geográficos como ocupacionales que se le impone al serle concedida la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, y que, como ya comentábamos al analizar el artículo 67, se trataba de limitaciones que podrían tornarse en una verdadera desventaja para los trabajadores extranjeros a la hora de conseguir la igualdad de oportunidades proclamada como principio orientador de esta reforma reglamentaria.

2.9. Conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos tratado de analizar cómo queda perfilado el régimen de las autorizaciones de residencia y trabajo de carácter temporal de las personas extranjeras en nuestro país, de acuerdo con el nuevo Reglamento de Extranjería aprobado mediante el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

En este sentido, tal y como hemos tratado de poner de manifiesto, eran muchas las expectativas que esta norma de desarrollo había generado ante los múltiples interrogantes que en este concreto ámbito dejaba abiertos la propia LOEX en su redacción otorgada por Ley Orgánica 2/2009.

Así, hemos podido comprobar la nota de esencialidad que en este régimen de autorizaciones de residencia y trabajo rodea ahora al cumplimiento por parte del empresario del requisito de formalizar el alta del trabajador en el régimen de la Seguridad Social que resulte adecuado en cada caso, para lo cual se le concede un plazo de tres meses, con carácter general. De ello se hace derivar al mismo tiempo una cuestión básica, y es la necesidad de que quede garantizada la adecuada coordinación entre los órganos competentes de Seguridad Social y aquellos con competencia en la gestión de la inmigración en nuestro país, puesto que de lo contrario devendría muy difícil el tener constancia de que se ha formalizado este alta. Pese a ello, como hemos visto, en ningún momento el nuevo Reglamento hace una alusión expresa al acceso por parte de los órganos competentes en materia de extranjería a las bases de datos pertenecientes a la Seguridad Social, lo cual representa una clara laguna, difícil de justificar, teniendo en cuenta, como decimos, la propia esencialidad de la que aparece revestida este requisito de formalización del alta, del que se hace depender no solo la eficacia de la autorización concedida, sino el momento en que el trabajador puede comenzar a trabajar –art. 70.7 Reglamento–.

También hemos tratado de analizar las mayores garantías con que ahora trata de revestirse la posición del trabajador extranjero en nuestro país, con la intención de evitar los abusos a los que estos han quedado sometidos en muchos casos. En este sentido, se exige ahora la formalización de contrato de trabajo y no solo oferta de empleo, como ocurría conforme a la regulación anterior.

Sin embargo, también hemos podido comprobar los riesgos que entraña la opción seguida por esta norma, consistente en desplegar un excesivo celo a la hora de evitar, en la medida de lo posible, situaciones de abuso en cuanto a la percepción de las retribuciones salariales de estos trabajadores, cuando los mismos sean contratados a tiempo parcial. Y en este sentido, la previsión que contiene

ahora el artículo 64.3 c) relativa a la exigencia de que la retribución en estos casos deberá ser igual o superior al SMI para jornada completa y en cómputo anual, corre el riesgo de convertirse en una medida desincentivadora de la propia contratación a tiempo parcial de estos trabajadores extranjeros, prefiriendo en estos casos el empresariado optar por la contratación de trabajadores nacionales, puesto que estos no quedan sujetos a estas garantías. Al mismo tiempo se están dispensando tratamientos jurídicos distintos en función de la nacionalidad, lo que conlleva necesidades de justificación, ponderación y proporcionalidad de las medidas que ahora se diseñan, para evitar posibles tachas de discriminación.

Otra de las conclusiones que podemos extraer de la regulación que ahora nos aporta el nuevo Reglamento de Extranjería consiste en la clara instrumentalización que nuestra política migratoria presenta al objetivo de propiciar la contratación de personas desempleadas nacionales o extranjeras que se encuentren ya residiendo legalmente en nuestro país, contratación que es claramente preferida sobre la de aquellos extranjeros que residan fuera de España, hasta el punto que podrán no ser incluidas en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura aquellas que por su naturaleza puedan ser cubiertas por demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo.

Sin embargo, no aclara la norma los criterios que habrán de seguir los distintos Servicios Públicos de Empleo a la hora de valorar si una ocupación podrá o no ser desempeñada por algún demandante de empleo residente en territorio nacional tras su paso por una adecuada formación, lo que puede acabar convirtiéndose en fuente de inseguridad jurídica y generar desigualdades territoriales, en cuanto a los distintos criterios por los que opten estos servicios autonómicos de empleo.

Dudas también plantea la nueva norma reglamentaria en cuanto a si se cumplen o no los objetivos proclamados por la reforma de la LOEX, llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de la que este Reglamento constituye su desarrollo normativo en el concreto ámbito de las limitaciones a la movilidad geográfica de las personas extranjeras que la norma viene a establecer mediante vinculaciones a territorios concretos y a profesiones, vinculaciones estas que más que responder a la realización del propio principio de igualdad de oportunidades que la reforma proclama o a las propias necesidades del mercado de trabajo, propiciando con ello mayores dosis de complementariedad entre política de empleo y política migratoria, responden en realidad a un claro objetivo de control de esta población extranjera.

Una valoración positiva merece, en cambio, el empeño que la norma reglamentaria pone ahora en evitar la situación de desprotección en la que puede quedar el trabajador extranjero en aquellos casos en que, una vez desplazado al territorio español para iniciar su relación laboral, no pueda hacerlo por causas imputables al empleador, garantizándole en este caso el acceso a las actuaciones de intermediación que desarrollen los servicios públicos de empleo, una vez que se inscriba como demandante de empleo.

De esta forma, se trata ahora de propiciar en estos casos el alta con un segundo empleador en distintos supuestos y que obedecen en todo caso a situaciones no imputables al propio trabajador extranjero, como son: en caso del fallecimiento del empleador o de su desaparición si se trata de per-

sona jurídica; o bien, cuando el primer empleador respecto al que se concedió la autorización comunique a la Administración su imposibilidad de iniciar la relación laboral.

También hemos tratado de exponer las dudas interpretativas que vino a provocar en su día la previsión contenida en la Ley Orgánica 2/2009, relativa a la certificación del esfuerzo integrador realizado por la persona extranjera que quiera renovar su autorización de residencia y trabajo en nuestro país, que ha de quedar acreditado mediante informe positivo emitido por la Comunidad Autónoma de residencia, y en el que se haga constar el seguimiento por parte de esta persona extranjera de las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de la ley. En este sentido, la misión de la norma de desarrollo era definir y concretar qué se entendía por «esfuerzo de integración», pero, sin embargo, comprobamos que se ha limitado a trasladar la literalidad del artículo 2 ter de la LOEX, por lo que sigue sin quedar claro cuál es el objeto último de estos informes. Esta laguna resulta aún más importante si tenemos en cuenta la virtualidad que se concede a este informe en orden a suplir la ausencia de alguno de los requisitos exigidos para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo que el trabajador extranjero esté interesado en obtener.

Vemos, por tanto, que la norma reglamentaria presenta menos luces y más sombras en cuanto a la regulación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo de las personas inmigrantes extranjeras en nuestro país de lo que hubiera sido deseable, a tenor de las importantes encomiendas de desarrollo que le dirigía la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEX, pero quizás no de lo que era de esperar, teniendo en cuenta las notas que vienen caracterizando el desarrollo de la legislación de extranjería en nuestro país, tales como falta de concreción, de coherencia interna, de contradicción con su aplicación práctica..., y que esta reforma y su norma de desarrollo no han contribuido a resolver.

Bibliografía

- AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A.G. [2009]: «La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los Derechos Humanos», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, diciembre, n.º 22.
- AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (coord.) [2010]: *Los Derechos de los Extranjeros en España: Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, Madrid: La Ley.
- MOLINA HERMOSILLA, O. [2011]: «Las nuevas competencias autonómicas en materia de gestión de la inmigración y sus consecuencias para el ámbito de la política de empleo», XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MOLINA NAVARRETE, C. [2005]: «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE de 29 de diciembre–», *RTSS. CEF*, n.º 264, marzo 2005.

- MOLINA NAVARRETE, C., ESTEBAN DE LA ROSA, G., ARCE JIMÉNEZ, E. [2005]: *La Inmigración Extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Madrid: CEF.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. [2010]: «El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», *Aranzadi Social*, n.º 19 y n.º 20, febrero y marzo.
- ROJO TORRECILLA, E. [2011]: «Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena», 13 de febrero, <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/02/aproximacion-al-contenido-de-interes.html>
- ROJO TORRECILLA, E. [2011]: «Una nota sobre algunas alegaciones de contenido laboral al RELOEX en el informe de la subcomisión de extranjería del CGAE», 5 de marzo, <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2011/03/una-nota-sobre-algunas-alegaciones-de.html>
- VELA DÍAZ, R. [2010]: «La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la "Ley de Extranjería": puntos críticos desde el prisma laboral», *RTSS*. CEF, n.º 326, mayo 2010.