



Dictamen del *Foro para la Integración Social de los Inmigrantes* sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

FISI/2009/D2

### *El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes*

De conformidad con las competencias atribuidas al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes por el artículo 70 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como por el artículo 3.3 del Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes;

Una vez examinada la propuesta del Gobierno sobre el *proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*

Ha aprobado, en el Pleno de 6 de febrero de 2009, el presente **Dictamen**

### **PREAMBULO**

El proyecto de Real Decreto que se somete al dictamen del Foro tiene por objeto la modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, con la finalidad de adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo que se regulan en el mismo, al traspaso de la competencia ejecutiva que en materia de autorización inicial de trabajo, reconocen determinados Estatutos de Autonomía.

En concreto, el artículo 138 de la Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya y el artículo 62 de la LO 2/2007 de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Andalucía, señalan entre las materias competencia de ambas Comunidades Autónomas, la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia y ajena.



El Foro entiende que la modificación del Reglamento, y con independencia de que únicamente estos dos Estatutos de Autonomía contemplen la competencia ejecutiva, tiene como objetivo adaptar el Reglamento tanto al traspaso efectivo a estas Comunidades Autónomas, como a otras a las que pudiera transferirse la competencia en función de lo establecido en artículo 150.2 de la Constitución.

El proyecto incluye una serie de modificaciones cuyo contenido es puramente formal, la adaptación de artículos del Reglamento a otros del mismo texto que previamente han sido modificados por el proyecto. Abordaremos por tanto, en este dictamen, consideraciones sobre aquellos aspectos del proyecto que, a juicio del Foro, pueden constituir modificaciones de fondo, agrupándolas en apartados y un punto final que recoge otras recomendaciones:

### **CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL**

#### **I. SOBRE LA CONCURRENCIA DE DOS ADMINISTRACIONES PUBLICAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

- 1.1 El Foro considera, en relación al segundo párrafo que se agrega al apartado 1 del artículo 51, y que establece, en el caso de competencia ejecutiva transferida la presentación *en aquellas oficinas del órgano competente para su tramitación dentro de la provincia establecidas por la normativa autonómica*, que es coherente con el espíritu de la reforma reglamentaria propuesta.

El Foro señala que se ha realizado durante estos años un esfuerzo presupuestario para implantar Oficinas Provinciales de Extranjeros en aplicación de lo establecido en el artículo 67.2 de la LOEX y artículos 159 y siguientes del Reglamento, con el resultado de una mejora del servicio que debería ser preservado en beneficio de los administrados”.

Puede ser conveniente, y en aras a dotar de mayor eficacia al procedimiento, considerar la comunicación entre la Oficina de Extranjeros o la Comisaría competente para la expedición de la autorización de residencia y el órgano competente para la tramitación establecida por la normativa autonómica.

- 1.2 En relación a la documentación a presentar con las solicitudes de autorización de residencia y trabajo, se elimina en el proyecto, el inciso g) del apartado 2 del artículo 51 *otros documentos que se hayan determinado mediante orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para evaluar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 50*.

El Foro entiende que sería adecuado conservar este inciso en la medida en que permite a la Administración General del Estado, establecer instrumentos con la suficiente fuerza jurídica que puedan contribuir a acreditar los requisitos establecidos en el artículo 50, especialmente la actividad continuada, medios económicos, materiales y personales y la titulación, garantizando así no solo una aplicación homogénea de la norma, sino el amparo de situaciones excepcionales que pueden precisar de elementos de acreditación específicos.



1.3. El Foro, en relación a las disposiciones relativas a la admisión a trámite de las solicitudes, que las CCAA deberán resolver *de acuerdo con la información preceptiva y vinculante que le hubiera facilitado el correspondiente órgano de la Administración General del Estado sobre la concurrencia de las indicadas causas de inadmisión a trámite cuando afecten a la autorización de residencia*", muestra su preocupación por el hecho de que no se fijan los plazos para recibir esta información preceptiva de la AGE y no establece a que Administración compete la comprobación de cada uno de los supuestos incluidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LOEX.

Por otra parte el Foro da por entendido que antes de decidir sobre la inadmisión a trámite, se procederá al requerimiento para la subsanación de errores.

El Foro hace notar que en los supuestos de inadmisión a trámite, o de no subsanación de defectos, y consiguiente desistimiento y archivo, así como para la resolución de los recursos que pudieran presentarse contra estas decisiones, se establece la competencia de la Administración autonómica: *(los recursos que se puedan interponer contra las resoluciones que dicte el órgano autonómico sobre inadmisión a trámite y desistimiento y archivo de actuaciones serán resueltos por el órgano autonómico que sea competente con el informe vinculante de la Administración General del Estado)*. Entendemos que en estos supuestos debería aclararse el ámbito de decisión y responsabilidad de cada una de las Administraciones, así como el órgano competente ante el que plantear los recursos administrativos que pudieran plantearse.

## II. SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOEX

La Disposición Adicional Única del proyecto, señala, que corresponde a la Administración Autonómica la tramitación y resolución de las autorizaciones de trabajo en los supuestos del artículo 40 de la LOEX (excepto aquellos que hacen referencia a la cobertura de puestos de confianza, cónyuge o hijos de extranjero residente e hijos de español nacionalizado o de comunitario, renovación y supuestos del 31.3 de la LOEX). Sin embargo, en los supuestos del artículo 40 de la LOEX en que si tienen competencias las Comunidades Autónomas, así como en los previstos en el 55.2.c) personal de alta dirección y deportistas profesionales, entendemos que el contenido de los informes a solicitar puede ser distinto de los previstos en el artículo 51 con carácter general. En el mismo sentido, y tal como señalábamos con respecto a la admisión o inadmisión a trámite, debería aclararse, que Administración es la competente, cuando se solicitan los informes para determinar la admisión o no y cuál ha de ser su contenido.

Por otra parte, el Foro señala que si bien la Disposición Adicional única, tal como señalábamos en el punto anterior, excluye ciertos supuestos del artículo 40.1 de la LOEX de la competencia ejecutiva, el artículo 99 bis.1.b del proyecto, señala que corresponde a la Administración Autonómica la recepción de solicitudes y la resolución de la autorización laboral en los supuestos previstos en el artículo 96.3 y 5 *del presente reglamento*. El artículo 96.3 remite a su vez a los supuestos del artículo 41.2 del reglamento sobre la residencia independiente del cónyuge reagrupado (en los casos de ruptura conyugal previa convivencia en España durante al menos dos años, víctimas de violencia de género, muerte del reagrupante). El artículo 41 del reglamento establece, a su vez en los apartados 4 y 5 que los hijos y menores sobre los que el reagrupante



ostente la representación legal y los ascendientes reagrupados, pueden obtener una autorización de residencia temporal independiente cuando obtengan una autorización para trabajar (sin necesidad, tal como establece el artículo 96 del reglamento de esperar al plazo legal establecido, un año para poder modificar la autorización de residencia por una autorización de residencia y trabajo).

El Foro estima que no queda suficientemente claro el ámbito competencial en estos supuestos (cónyuges y familiares reagrupados), excluidos por la disposición adicional única de la competencia ejecutiva en materia de autorizaciones iniciales de trabajo de las CCAA, pero luego extendida a estas por el 99 bis.

Y en este sentido, el Foro llama igualmente la atención sobre la contradicción que supone limitar la autorización de trabajo inicial por cuenta propia por ámbito geográfico, justificada por la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas y sin embargo, señalar la competencia autonómica en autorizaciones de trabajo que no tienen limitación alguna (supuestos del artículo 40 de la LOEX y del nuevo artículo 99 bis) o en las que caben dudas de que pueda plantearse esta limitación dado que la autorización de trabajo que se concediera podría no ser inicial sino renovada y, por tanto, sin limitaciones: compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena con la residencia y trabajo por cuenta propia (según el artículo 97 del Reglamento: en estos casos la autorización que se conceda tendrá una duración equivalente al periodo de vigencia de la autorización de trabajo de la que fuera titular el trabajador extranjero); cambio de la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena (según el artículo 98.4 del Reglamento, en la que la duración de la autorización concedida estará en función del tiempo que hayan residido previamente en España). En general los supuestos de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales plantean dudas razonables en relación con Administraciones competentes en materia de autorizaciones de trabajo iniciales. Por una parte en los supuestos del art. 45.2 del Reglamento (autorizaciones por razones de arraigo) la autorización de residencia conlleva la autorización de trabajo, sin considerar la situación nacional de empleo. Y en el resto de los supuestos del art. 45 del Reglamento (apartado 4, supuestos a), b) y c)), además de lo arriba mencionado respecto al art. 98.4, se permite solicitar al mismo tiempo que la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, la autorización de trabajo, a la que tampoco se aplica la situación nacional de empleo y por lo tanto no debería estar limitada.

El Foro estima, dados los supuestos señalados, que debería aclararse el criterio utilizado para traspasar la competencia ejecutiva en materia de autorizaciones iniciales de trabajo.

### III AMBITO TERRITORIAL

3.1 En el apartado segundo del artículo 49, incluido en el proyecto de reforma, se establece que las Comunidades Autónomas que asuman la competencia ejecutiva podrán determinar el ámbito geográfico de la autorización inicial dentro de sus territorios.

A su vez, en el artículo 50.3.a) del proyecto de reforma, para determinar la situación nacional de empleo se establece la elaboración del catalogo de ocupaciones de difícil cobertura, *“para cada provincia, o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Comunidad Autónoma”*.



Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 51.1 que se pretende reformar, señala que en el caso de asunción de competencia por la Comunidad Autónoma, la solicitud *"podrá presentarse en aquellas oficinas del órgano competente para su tramitación dentro de la provincia establecidas por la normativa autonómica"*.

El Foro muestra su preocupación por la falta de concreción del ámbito territorial de las autorizaciones de trabajo, en el caso de la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, así como por la modificación del artículo 50.3.a). Aunque la previsión del párrafo segundo del artículo 51.1 pueda dar a entender que el ámbito ha de ser provincial, el segundo apartado del 49, así como el artículo 50.3.a), deja a la consideración de las CCAA que asuman la competencia, el establecimiento del ámbito geográfico, tanto de la autorización como el utilizado en la elaboración del catalogo de ocupaciones de difícil cobertura que establece la situación nacional de empleo.

Si bien la LOEX establece en el artículo 38.2 que la autorización de trabajo *"podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad"*, pero sin explicitar en el texto de la LOEX ni del Reglamento el ámbito territorial en torno al que se construye la gestión administrativa de los flujos migratorios laborales iniciales, sin embargo la práctica y la coherencia con los procedimientos para determinar la situación nacional de empleo (establecida en torno al análisis del mercado de trabajo provincial), han venido consolidando como ámbito de las autorizaciones iniciales de trabajo la provincia.

Por otra parte, consideramos que no establecer un criterio claro en la modificación del Reglamento puede conducir a una desigualdad entre los trabajadores extranjeros con una autorización inicial en función de la Administración competente para conceder la autorización y el ámbito geográfico que establezca. Igualmente mostramos nuestras dudas acerca de la operatividad y eficacia, desde el punto de vista administrativo, de que puedan establecerse una pluralidad de ámbitos geográficos en las autorizaciones iniciales.

Por todo lo anterior, el Foro recomienda, a fin de garantizar la coherencia con el procedimiento de elaboración del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que determina la situación nacional de empleo, la igualdad entre los trabajadores cuya autorización de trabajo esté limitada geográficamente, y la coherencia administrativa, que el apartado 2 del artículo 49 especifique que el ámbito territorial a que se refiere es la provincia, así como que se elimine el inciso *"o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Comunidad Autónoma"*, del artículo 50.3.a) del proyecto de reforma.

- 3.2. La misma previsión se establece para las solicitudes de trabajo y residencia por cuenta propia (artículo 60.2). En este caso la asunción de competencias ejecutivas por las Comunidades Autónomas, implica la necesidad de poder limitar las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia por ámbito geográfico.

El Foro por otra parte plantea que la limitación establecida al ámbito territorial de las autorizaciones iniciales por cuenta propia concedidas por las CCAA con competencias transferidas, puede no contar con la cobertura jurídica necesaria dado que esta posibilidad de limitación no esta recogida en la LOEX.



El Foro, además, hace una llamada de atención sobre aquellos supuestos que pueden producirse en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, donde no es inhabitual la prestación de servicios en territorios distintos de aquel para el que se solicitó la autorización y que coincidirá con la sede social, señalando la posibilidad de que incluso en el mismo proyecto de viabilidad el solicitante contemple el ejercicio de la actividad en más de una Comunidad Autónoma.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Foro estima que, por una parte los procedimientos de modificación de las autorizaciones, entre ellos, el de ámbito geográfico han de ser lo más ágiles posibles. Y por otra que debe contemplarse la posibilidad de solicitar una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia, para ejercer la actividad en varias Comunidades Autónomas debidamente fundamentada, estableciendo para ello la vía procedimental adecuada.

#### IV. OTRAS CUESTIONES Y RECOMENDACIONES

- 4.1 En cuanto a la modificación del artículo 96 que añade un nuevo párrafo al apartado cuarto, así como en el apartado tres del artículo 98, entendemos que en coherencia con las modificaciones anteriores cuando se señala que los órganos competentes de la Seguridad Social comunicaran de *"forma inmediata"* la afiliación y/o alta a las autoridades competentes *"para la concesión de la autorización de trabajo"*, debería decir *"para la concesión de la autorización de trabajo y residencia"*. De lo contrario y en virtud de las modificaciones anteriores, puede entenderse que únicamente la Comunidad Autónoma que hubiera asumido la competencia ejecutiva, recibirá esta notificación.
- 4.2 Y en relación con el punto anterior, el Foro considera que al tratarse de una clara mejora en el procedimiento, debería extenderse a las concesiones del resto de autorizaciones de residencia y trabajo.
- 4.3 La modificación propuesta para el apartado 4 y 7 del artículo 59 (procedimiento de solicitud de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia), así como para el apartado 5 del artículo 51 (procedimiento de solicitud de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena), introduce mejoras en estos procedimientos, a fin de agilizarlos y que las Administraciones tengan conocimiento tanto de las solicitudes como de las resoluciones en tiempo real. Así destacamos el establecimiento de un plazo de 24 horas, desde su recepción en la oficina consular, para la introducción de la solicitud de autorización en la aplicación informática, o para dar traslado de la resolución de concesión de autorización inicial de trabajo, desde los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Dado que se trata de una mejora indudable frente a lo previsto por ejemplo en los supuestos de residencia temporal (art.35.4 y 5): *"..dará traslado de la solicitud (visado), por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Delegación o.... de Gobierno"*, el Foro recomienda que estas mejoras se extiendan al resto de procedimientos, incluso si no afectan a Administraciones de Comunidades Autónomas con estas competencias transferidas.



- 4.4 Recordamos en relación al artículo segundo del Proyecto que modifica el Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que el Foro en su dictamen sobre el borrador de este Real Decreto señalaba que *“considera necesario que, en aplicación del principio de igualdad de trato, los familiares de españoles sean incluidos en el ámbito del Real Decreto”*.
- 4.5 El Foro considera que la modificación del Reglamento propuesta, debería ser mas explicita en cuanto al contenido de las competencias de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. Habiendo sido transferida una competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo, la articulación que se hace de la misma puede conducir a confusión en cuanto a quien es la autoridad competente en materia de autorización de residencia.
- 4.6 Asimismo manifiesta su preocupación respecto a que la indefinición de términos como el ámbito territorial pueda conducir no solo, a una diferencia entre CCAA con competencias transferidas y las que no la solicitan, sino a una contradicción con lo establecido en la LOEX y con los elementos básicos de los procedimientos de contratación en origen, articulados en torno al ámbito provincial.
- 4.7 Desde el Foro igualmente señalamos que la aplicación informática es un elemento esencial, no solo para la puesta en práctica de la competencia ejecutiva, sino para el adecuado funcionamiento de la gestión administrativa de la inmigración.

Madrid, 6 de febrero de 2008

La Secretaria

Vº Bº

El Presidente

Irene García Suárez

Lorenzo Cachón Rodríguez