



Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el borrador 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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

FISI/2011/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, modificado por Real Decreto 1164/2009, de 10 de julio, 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 sobre el borrador del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Ha aprobado, en la reunión del Pleno de 4 de marzo de 2011, el presente **Dictamen**

CONSIDERACIONES GENERALES

El 26 de noviembre de 2009 el Congreso de los Diputados aprobó la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A diferencia de sus antecesoras esta reforma no supuso una mera corrección formal del texto de la Ley de Extranjería y en opinión del Foro la magnitud de la reforma hacía necesario modificar el vigente Reglamento de extranjería aprobado por RD 2393/2004 para adaptarlo a las novedades introducidas por la misma.

El apartado 1 de La Disposición Final tercera de la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, otorgaba al Gobierno un plazo de seis meses desde su publicación en el BOE para dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo fuesen necesarias. El Foro lamenta el retraso que se ha producido en la elaboración de un borrador de Reglamento y reitera la necesidad de contar con el tiempo suficiente para redactar el Dictamen preceptivo. No obstante lo anterior, y respondiendo a la tarea encomendada, el Foro se pronuncia por medio de este Dictamen sobre todos aquellos aspectos que ha considerado de interés.

Al emitir el presente Dictamen el Foro ha tenido en cuenta que el contenido del borrador está subordinado a la Ley que trata de desarrollar y que, por tanto, no puede modificar su tenor legal al estar dicha cuestión vedada por el ordenamiento jurídico.



El Foro considera favorablemente:

- la introducción de un nuevo supuesto de residencia por arraigo para ascendientes de un menor de nacionalidad española. De esta forma, el borrador de Reglamento da respuesta a una doctrina unánime y reiterada de los órganos jurisdiccionales españoles, cuyo fundamento último es el artículo 39 de la Constitución española;
- el establecimiento de medidas que permitan la efectiva protección de las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género;
- el establecimiento de medidas que permitan una efectiva protección de los extranjeros víctimas de trata de seres humanos;
- que el borrador introduzca la posibilidad de sumar los ingresos del cónyuge o la pareja de hecho para alcanzar la cantidad exigida para efectuar la reagrupación familiar;
- que, en líneas generales, resultan adecuadas las novedades introducidas con la finalidad de mejorar la gestión mediante la simplificación de la tramitación administrativa evitando que los interesados tengan que presentar documentos a los que puede acceder de forma directa la administración y realizando una reordenación normativa de los diferentes procedimientos de solicitud.
- el esfuerzo de la Administración por adecuar la legislación nacional a la legislación comunitaria que debía ser incorporada al ordenamiento jurídico. No obstante, hay que señalar que las últimas reformas legales han restado a las Corporaciones Locales capacidad de gestión del fenómeno migratorio al reducir su participación, que venía siendo tradicional, en la toma de decisiones en los procedimientos de regularización de extranjeros y en los programas de integración social en su municipio.

Hay que recordar que el anterior Reglamento otorgaba a los municipios la competencia a la hora de emitir los informes de disponibilidad de vivienda para los solicitantes de reagrupación familiar, así como los informes de arraigo para los solicitantes del permiso de residencia por circunstancias excepcionales.

Por ello, el Foro destaca la necesidad de que las Corporaciones Locales vuelvan a adquirir su papel primordial, manteniendo las competencias en la relación de los informes anteriormente mencionados.

Valora el esfuerzo reflejado en el borrador por incorporar instrumentos que eviten situaciones de irregularidad sobrevenida por la pérdida del empleo del colectivo de inmigrantes, facilitando la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo, el mantenimiento de la situación de regularidad, la continuidad en el mercado de trabajo y la empleabilidad de las personas migrantes.

Estima que el borrador potencia la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias que inciden en la inmigración y refuerza la cooperación entre las mismas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad.

En todo caso, el Foro considera relevante señalar algunas propuestas y modificaciones al articulado que se desarrollan a continuación



TÍTULO I. RÉGIMEN DE ENTRADA Y SALIDA DE TERRITORIO ESPAÑOL

CAPÍTULO I. Puestos de entrada y salida

Artículo 1. Entrada por puestos habilitados

El Foro propone añadir un nuevo apartado en el punto segundo del artículo.

- c) Las personas que se encuentren en una situación de grave riesgo de su vida o integridad física.

Motivación. Evitar que posibles solicitantes de protección internacional puedan perder la vida por intentar acceder al territorio de forma ilegal para formalizar su solicitud de protección.

CAPÍTULO II. Entrada: requisitos y prohibiciones

Artículo 5. Autorización de regreso

El Foro considera que el borrador de Reglamento amplía notablemente la regulación de la autorización de regreso dedicando a esta figura un artículo completo en el que se regulan los criterios para su concesión y su período de vigencia.

Artículo 6. Documentación para la entrada

Asimismo, considera favorablemente la previsión recogida en el segundo párrafo del artículo 6.3 del borrador de Reglamento que establece la posibilidad de expedir documentos de viaje o salvoconductos para promover el traslado de una persona a territorio español para formalizar una solicitud de protección internacional.

Esta previsión permite dotar de efectividad al contenido del artículo 38 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en virtud del cual se establece la posibilidad de autorizar el traslado a España de una persona con la finalidad de facilitar la formalización de una solicitud de protección internacional.

Artículo 7. Exigencia de visado

El Foro propone añadir un nuevo párrafo en el punto 3.

Tampoco precisarán visado para entrar en territorio español, los extranjeros que, teniendo la condición de residentes en España, no puedan acreditar dicha condición por carecer de la tarjeta de identidad de extranjero o de una autorización de regreso, en los casos en que la persona extranjera sale de España durante el periodo de renovación de su tarjeta sin autorización de regreso o cuando la tarjeta está en vigor pero se extravía o es sustraída, previa autorización expedida por las autoridades



españolas, solicitada ante la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación se encuentre.

Motivación. Recogemos la Recomendación del Defensor del Pueblo en su Informe 2007 (págs. 1353-1354) respecto de los casos en que la persona extranjera sale de España durante el periodo de renovación de su tarjeta sin autorización de regreso; o cuando la tarjeta está en vigor pero se extravía o es sustraída o pierde vigencia por circunstancias sobrevenidas.

Entendemos que este nuevo párrafo al apartado 3 puede permitir solventar estas situaciones, contando con que a través de la misión diplomática u oficina consular española puede gestionarse la autorización de regreso, en estos supuestos excepcionales en que la persona se halla fuera del territorio nacional.

Artículo 10. Requisitos sanitarios

El Foro considera adecuado proponer la siguiente adición al final del artículo:

Antes del reconocimiento médico se recabará el consentimiento informado previo y explícito de la persona o de sus padres o tutores y se le dispensará en todo momento un trato que respete su dignidad, sus derechos humanos y libertades fundamentales, reduciéndose al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con tal medida.

Motivación. El Reglamento Sanitario Internacional de 2005 exige el consentimiento informado explícito y previo al reconocimiento, que se cita en el artículo 23.3 del RSI 2005, y que se tratará a los viajeros respetando su dignidad, sus derechos humanos y sus libertades fundamentales y reducirán al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con tales medidas, conforme al artículo 31 del RSI 2005.

Artículo 14. Registro de la entrada en el territorio español

El borrador de Reglamento introduce en virtud del contenido del artículo 25.5 de la LOEX la posibilidad de registrar en el Registro Central de Extranjeros las entradas realizadas en territorio español por extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario de extranjería. En este ámbito el Foro considera adecuado realizar una propuesta de adición “in fine” al contenido del punto primero de este artículo en los siguientes términos:

..... Los extranjeros serán advertidos de esta inscripción previamente a su entrada en España.

Motivación. Resulta conveniente que el extranjero sepa que su entrada va a ser registrada

Artículo 15. Denegación de entrada

El Foro considera que la nueva regulación dada a la denegación de entrada mejora el contenido del artículo 13 del vigente Reglamento introduciendo la obligación de determinar de forma expresa la causa de denegación de la entrada, de informar al interesado del efecto de la denegación de entrada. Asimismo se concreta la naturaleza de la detención de un extranjero a efectos de proceder a su regreso en las instalaciones del puesto fronterizo, clarificando las condiciones y finalidad de aquélla; asimismo se señalan una serie de dotaciones que deberán tener las instalaciones.



Asimismo propone la incorporación en este artículo de tres nuevos puntos.

8. En los casos referidos en los apartados 2 y 7 del presente artículo, cuando el extranjero no se halle en España y en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva quiera interponer recurso en vía jurisdiccional, podrá otorgar poder en la representación diplomática u oficina consular del lugar donde se encuentre a favor de abogado y procurador que le represente ante los órganos jurisdiccionales españoles.”

Motivación: De conformidad al art. 23 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa administrativa:

- “1. En sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación al Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones.
2. En sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado.”

De acuerdo a ello, para que no pierda virtualidad el derecho conferido en los apartados 2 y 7 del art.15, es preciso garantizar dicho derecho de defensa de los intereses legítimos de las personas que se encuentran en estos supuestos con la introducción de un apartado redactado en los términos propuestos.

9. Si el recurso concluyera que la denegación de entrada fue infundada, el extranjero tendrá derecho a que se corrija el sello de entrada cancelado y otras cancelaciones o adiciones que se hayan practicado. Todo ello sin perjuicio de la exigencia de las correspondientes indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

Motivación. Se propone la siguiente redacción para una mejor adecuación al artículo 13 del Código de Fronteras (Reglamento (CE) nº 562/2006).

10. Los extranjeros que lleguen como polizones a cualquier puerto español a bordo de buques o se encuentren en sus aguas jurisdiccionales, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita e intérprete, que deberá facilitarse tan pronto se tenga conocimiento de su existencia y, en todo caso, al instante de realizarse la primera entrevista por la autoridad correspondiente, con independencia de que hayan manifestado su intención de entrar en España o solicitar asilo. Asimismo, atendiendo a su especial situación de vulnerabilidad, será obligatorio proveer de inmediato asistencia sanitaria de urgencia a los polizones.

Motivación. Evitar que el polizón no pueda formalizar una solicitud de Protección Internacional porque carece de la mínima información legal en esta materia.

CAPÍTULO III. Salidas: requisitos y prohibiciones

Artículo 21. Forma de efectuar la salida

El borrador de Reglamento introduce la posibilidad de registrar las salidas de territorio español de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario de



extranjería en el Registro Central de Extranjeros a efectos de controlar su período de permanencia legal en España en virtud de lo establecido en el artículo 28.1 de la LOEX.

A este respecto el Foro considera adecuado realizar una propuesta de adición “in fine” al primer párrafo del punto cuarto de este artículo.

4. Las salidas personal. Los extranjeros serán advertidos de esta inscripción previamente a su salida.

Motivación. Resulta conveniente que el extranjero sepa que su entrada va a ser registrada

CAPÍTULO IV. Devolución y salidas obligatorias

Artículo 23. Devoluciones

Se propone establecer un procedimiento, aunque sea preferente y sumario para acordar la devolución de los extranjeros en atención a las recomendaciones del Defensor del Pueblo. Igualmente, se propone establecer criterios para la fijación del período de prohibición de entrada en el caso de que no se aplique el máximo de tres años.

Se propone la adición del siguiente apartado:

6. c) Que se trate de menores de edad no acompañados de sus padres ni de persona a quien le corresponda la tutela del mismo, a efectos de que se inicie el procedimiento de identificación y de protección previsto en el artículo 35 de la Ley de Extranjería y en los artículos 187 y siguientes del presente Reglamento, permitiendo su entrada.

Motivación: En cumplimiento de la Observación General nº 6 del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 12: “Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). (...) Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional.”.

Artículo 24. Salidas obligatorias

El Foro considera adecuado que el punto 4 del artículo exceptúe del régimen de salidas obligatorias los casos de los solicitantes de protección internacional que hayan visto rechazado el examen de su solicitud por no corresponder a España su estudio a tenor de lo dispuesto en el Reglamento (CE) Nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003.

En este ámbito considera adecuado realizar la siguiente propuesta de modificación:

4. Se exceptúan tercer país. Una vez notificada la resolución de inadmisión a trámite o de denegación, se concederá un periodo de 15 días al solicitante para



proceder a su traslado al territorio del Estado responsable del examen de su solicitud de asilo, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, siempre y cuando dicho término se produzca dentro de los plazos en los que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al examen de dicha solicitud, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16.1.e) del citado Reglamento comunitario. Asimismo dentro del plazo establecido el solicitante podrá decidir desistir de su petición de protección internacional.

Motivación. El Foro considera adecuado establecer un plazo determinado para que la persona voluntariamente abandone el territorio español o decida desistir de su petición de protección internacional.



TÍTULO II. TRÁNSITO AEROPORTUARIO

El Foro considera que el borrador de Reglamento incorpora de forma adecuada las modificaciones introducidas por la aplicación del Derecho de la Unión Europea y en particular del Código Comunitario de Visados, aprobado por el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009.



TÍTULO III. LA ESTANCIA EN ESPAÑA

CAPÍTULO I. Estancia de corta duración

Artículo 30. Solicitud de visado de estancia de corta duración

En el artículo 30.2, así como en el resto del articulado con contenido similar a este artículo (39.6, 48.7, 89.2) se propone, en pro de una mayor seguridad jurídica, incluir la obligación de resolver expresamente sobre el desistimiento y notificación de dicha resolución, según lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

CAPÍTULO II. Autorización de estancia por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado

Artículo 38. Requisitos para obtener el visado

El Foro considera que el artículo da una redacción más simplificada de las normas de procedimiento para la obtención de un visado de estancia por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado concretando los requisitos a valorar por la Misión diplomática u Oficina consular y los que deberá valorar la Oficina de Extranjeros.

Artículo 41. Familiares del titular de una autorización de estancia

En el artículo 41, se propone prever la posibilidad de hijos nacidos en España de extranjeros con autorización de estancia por estudios y qué tipo de autorización obtendrían.

Se propone la siguiente adición al punto 4 del artículo.

4. Los familiares no podrán obtener la autorización para la realización de actividades lucrativas a la que se refiere el artículo siguiente, con la excepción de los familiares del titular de autorización de estancia por estudios, quienes podrán obtener una autorización para la realización de actividades lucrativas en las mismas condiciones que el reagrupante.

Motivación. La Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004, en su artículo 4.2, establece que "la directiva no afectará a la facultad de los estados miembros de adoptar o mantener disposiciones más favorables para las personas a las cuales son aplicables". Directiva de mínimos. En consecuencia, por analogía con la previsión del art. 19 LOEX (que permite la realización de actividades lucrativas a los familiares reagrupados de residentes), se propone permitir el acceso a actividades lucrativas a los familiares de extranjeros en situación de estancia. Con las limitaciones que la normativa vigente establece para el acceso de estudiantes al mercado de trabajo



Artículo 42. Trabajo de titulares de una autorización de estancia

El Foro considera favorablemente que se permita a los titulares de una autorización de estancia la posibilidad de realizar actividades por cuenta propia.

Asimismo dentro del contenido del artículo estima conveniente realizar la siguiente propuesta de adición:

1.- Los extranjeros empleador o el propio extranjero como sujetos legitimados presenten la solicitud de autorización de trabajo y los requisitos previstos en el artículo 64, excepto el apartado 2.b) y el apartado 3.a)

Motivación. Creemos que el interés del empresario difícilmente llegará en muchas ocasiones hasta el límite de implicarse en la presentación personal de la solicitud. Dado el carácter específico que tiene la posible actividad laboral a desarrollar (ser compatible con la realización de la actividad principal para la que se expidió el visado; y que los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia), consideramos que se debe facilitar la presentación de la solicitud de autorización de trabajo también al propio extranjero, sin perjuicio de que, caso de estimarse necesario, se pueda requerir la comparecencia posterior del empresario para comprobar la veracidad de la solicitud.



TÍTULO IV. RESIDENCIA TEMPORAL

Artículo 45. Definición y supuestos de residencia temporal

En el apartado 2 que enumera los distintos tipos de autorización de residencia temporal parece adecuado añadir a la relación la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Con independencia de que en el Borrador se dedique un título aparte a la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no existe razón alguna para que no se cite en este apartado puesto que se trata de otro tipo de residencia temporal.

Por ello se propone añadir una nueva letra en el presente apartado con este tipo de autorización:

2. e) Al citar este tipo de autorización de residencia temporal el texto del Borrador no se ajusta a los términos utilizados en el resto del documento y, en concreto, en el capítulo V que se refiere a la misma intitulado “Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE”. Se propone añadir, por uniformidad en la terminología, después de la expresión “*altamente cualificados*” la locución “*titulares de una tarjeta azul-UE*”.

CAPÍTULO I. Residencia temporal no lucrativa

Artículo 46. Requisitos

- e) Se estima conveniente reformular de manera más concreta este supuesto en lo referido a la cobertura del seguro exigido. Sería más preciso expresar que el seguro cubriera los riesgos de enfermedad y accidente suprimiendo, por su ambigüedad, la referencia a los riesgos normalmente asegurados a los ciudadanos españoles.

Se propone sustituir “*de enfermedad, que cubra los riesgos normalmente asegurados a los ciudadanos españoles*” por la expresión “*que cubra los riesgos de enfermedad y accidente*”.

- f) El derecho a residir y trabajar en España sólo debería poder restringirse en el supuesto de que el extranjero haya optado por asumir el compromiso de regresar a su país de origen y el de no retornar a España en el marco de un programa de retorno voluntario financiado por la Administración Pública.

Por lo tanto, parece adecuado, para una mayor concreción de este requisito, sustituir la expresión “*al retornar voluntariamente a su país de origen*” por “*en el marco de programas de retorno voluntario impulsados, financiados o reconocidos por la Administración Pública*”.

Artículo 47. Medios económicos a acreditar para la obtención o renovación de una autorización de residencia temporal

En consonancia con el contenido regulado en el presente artículo y por mantener la misma terminología empleada en el RLOEX 2004 se recomienda utilizar la expresión



“medios de vida” en lugar de “medios económicos” en la rúbrica del artículo y en el texto del mismo.

1. Se propone incluir la expresión “en su caso,” después de la expresión “para sí mismo”.

1 a) y b). En las referencias al IPREM debería precisarse si se trata de su cómputo mensual o anual, y en este último caso si se refiere al cómputo en 12 ó 14 pagas. Además, se debería indicar que los ingresos son brutos

Según opinión mayoritaria de los miembros del Foro parecen excesivas las cantidades exigidas a los solicitantes de autorización de residencia temporal no lucrativa para su sostenimiento y para el de cada uno de sus familiares y debería valorarse su minoración.

Por otra parte, no parece conveniente que se distinga en el apartado b) entre los medios de vida que se exigen al titular de una autorización de residencia no lucrativa para la obtención y renovación de las autorizaciones de residencia de sus familiares a cargo y los medios económicos requeridos cuando el titular de la autorización de residencia temporal no lucrativa reagrupa a sus familiares. Se trata de procedimientos diferentes y, por lo tanto, hay que acreditar el cumplimiento de distintos requisitos. Además, puede inducir a error el incluir ambos supuestos en este mismo apartado, cuando, a mayor abundamiento, hay un capítulo dentro del presente título que se dedica a la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.

Por ello, se propone suprimir el último párrafo del presente artículo.

2. En consonancia con el comentario y propuesta del apartado anterior, suprimir la expresión “En ambos casos”.

3. Para adecuar los términos empleados en el artículo se recomienda suprimir la palabra “adecuados” al hacer referencia a la percepción de ingresos periódicos y suficientes.

Por otro lado, se valora positivamente la fórmula abierta establecida para la acreditación por parte del solicitante de la disponibilidad de sus medios de vida.

Al reconocerse cualquier medio de prueba admitido en Derecho se hace innecesaria la enumeración de los mismos que se realiza en el segundo párrafo del presente apartado del artículo 47 por lo que se propone su supresión o, en su caso, la indicación de que se trata de una relación orientativa porque no existen medios de prueba tasados o determinados para la acreditación por parte del solicitante de sus medios de vida.

Artículo 48. Procedimiento

El Foro propone la siguiente redacción:

1. El extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales o profesionales, deberá solicitar personalmente, a salvo de la excepción contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica, el correspondiente visado...



4. De conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se estima conveniente indicar en el presente apartado que la Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá de forma motivada la concesión o denegación de la autorización de residencia.

5. En relación con la no comunicación de la resolución desfavorable en el plazo de un mes sería necesario mejorar la redacción del precepto y concretar qué órgano administrativo ha de notificar y quién debe ser notificado en este caso.

7. Parece recomendable incluir la referencia a la recogida del visado en el supuesto de que se trate de menores, al igual que se recoge en otros tipos de autorización de residencia temporal, teniendo en cuenta, además, que también se contempla la posibilidad de obtención y concesión para los familiares. Se propone por tanto añadir tras la expresión “en el plazo de un mes” la expresión “salvo en el caso de menores, en que podrá ser recogido por su representante”.

8. Sería conveniente que el plazo para hacer uso del visado otorgado fuere siempre y necesariamente de tres meses para facilitar al interesado la organización de su viaje a España.

Asimismo, parece recomendable incluir la referencia a la solicitud de la tarjeta en el supuesto de que se trate de menores, al igual que se recoge en otros tipos de autorización de residencia temporal. Se propone añadir la expresión “salvo en el caso de menores, en que será solicitada por su representante” detrás de la expresión “*tarjeta de identidad de extranjero,*”

Por uniformidad en los términos utilizados se propone añadir la expresión “inicial” después de “*autorización de residencia temporal*”.

Artículo 51. Renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa

1. **a)** Lo aquí enunciado no es un requisito, es un plazo que ya se ha hecho constar en el apartado 1 de este artículo con carácter general para la renovación. Se propone la supresión del epígrafe 2.a), y la re-enumeración del resto de los epígrafes.

1. **c)** En consonancia con el comentario realizado en el apartado e) del artículo 46, se propone sustituir “*de enfermedad, que cubra los riesgos normalmente asegurados a los ciudadanos españoles*” por la expresión “que cubra los riesgos de enfermedad y accidente”.

1. **d)** Véase el comentario del siguiente artículo (51.3.c).

Como el artículo 9.4 de la LOEx establece un requisito documental, y en consonancia con el siguiente comentario, se propone la supresión del artículo 51.2.d).

3. **c)** Se propone añadir al final de este apartado la expresión: “a los efectos establecidos en la normativa específica, si bien no tendrá consecuencias de denegación de la renovación”.



4. En lo referido a la posibilidad (se trata de algo potestativo y no de obligado cumplimiento) de aportar por el interesado un informe positivo de la Comunidad Autónoma sobre su esfuerzo de integración, la expresión respecto a que tal informe debe tener un contenido mínimo en los términos previstos en este apartado no parece razonable. Los extremos a los que se refiere son de difícil realización por parte de los interesados.

6. Sería conveniente hacer referencia a la expedición de certificado acreditativo del silencio producido por la administración sin perjuicio de que el silencio pueda acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Además, conviene introducir referencia expresa a que la autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, transcurrido el plazo de tres meses sin que se haya notificado resolución expresa y previa solicitud por parte del interesado, a expedir en el plazo máximo de 15 días el certificado de silencio positivo que acredite la renovación por este motivo.

CAPÍTULO II. Residencia temporal por reagrupación familiar

Artículo 53. Familias reagrupables

a) En el tercer párrafo, al hacer mención al supuesto de reagrupación cuando el reagrupante ha contraído segundas o ulteriores nupcias, el texto del Borrador no se ajusta a la redacción establecida en la LOEX, habiéndose mantenido la redacción que consta en el RLOEX 2004.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la redacción del RLOEX 2004 contiene una formulación inexacta al hablar de la posibilidad de que un extranjero haya contraído ulteriores nupcias sin que se haya producido la disolución del matrimonio anterior. Esta formulación errónea dio lugar a que la LOEX estableciera una nueva redacción sustituyendo el término “separación” por el de “disolución”.

Se propone mantener la redacción del supuesto tal y como se recoge en el artículo 17.1.a) de la LOEX.

b) Se trata de un supuesto novedoso introducido por la última reforma de la LOEX. En el artículo 17.5 de dicho texto legal se hace referencia al necesario desarrollo reglamentario de la acreditación de la existencia de tal relación afectiva. A tal efecto, el Borrador plantea dos opciones: en primer lugar, en caso de existir un registro público establecido a tal efecto; o, alternativamente, la acreditación por cualquier medio de prueba admitido en derecho de tal relación, con carácter previo, al inicio de la residencia en España del reagrupante.

Hay que valorar positivamente que se hayan establecido tales fórmulas alternativas y que se haya recogido en una de ellas la posibilidad de acreditar la existencia de dicha relación sin restricciones documentales.



Respecto al segundo supuesto, y como elemento probatorio de la existencia de una relación efectiva análoga a la conyugal y no registrada, debería hacerse alusión a que se tendrá en consideración la existencia de hijos comunes, tal y como recoge el artículo 5.2 de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar (en adelante y para lo referido en este Capítulo, la Directiva).

Por otro lado, sería oportuno establecer la exigencia de que dicha relación se acredite en los mismos términos que deberían reunirse de ser posible su inscripción en un registro público. Y ello porque conviene evitar situaciones en las que el reagrupante pueda acreditar la referida convivencia en los términos propuestos en este apartado y, sin embargo, tener un estado civil que, en condiciones normales, harían imposible la reagrupación (la Ley no permite que se puedan simultanear situaciones de matrimonio y de relación afectiva análoga a la conyugal a los efectos de la reagrupación familiar).

- c) La redacción del segundo párrafo de este artículo 53.c), contenida en LOEX –artículo 17.1.b.- y en el RLOEX 2004 –artículo 39.b.- y que se mantiene sin alteración alguna en el Borrador, respecto a que la custodia del menor le haya sido otorgada al reagrupante viene siendo interpretada por algunas Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno como una exigencia de que el reagrupante ostente en exclusiva tal figura legal. Ello da lugar en numerosas ocasiones, en las que no se produce una reagrupación total de la familia, a situaciones de muy difícil comprensión; de tal manera que en un matrimonio el padre, por ejemplo, se ve forzado a renunciar a la custodia compartida del menor sin que sea su voluntad dejar de cumplir con las exigencias impuestas por dicha figura sólo por el hecho de que se le exige para que su esposa pueda reagrupar a su hijo. Y todo ello teniendo en cuenta que la custodia en el Código Civil español es un efecto de la separación, nulidad o el divorcio de los cónyuges.

En todo caso, se propone una mejora en la redacción del supuesto que no pueda dar lugar a interpretaciones no ajustadas a Derecho como la antes mencionada. En este sentido podría aceptarse como más acertada la redacción de la Directiva (artículo 4.1.c.) que contempla la doble posibilidad: que la custodia la tenga de forma exclusiva el reagrupante; y que la custodia se tenga compartida (en este último caso se exige que el otro progenitor dé su consentimiento para la reagrupación).

- e) Respecto al requisito de la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España del ascendiente, se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha dado lugar a una inseguridad jurídica manifiesta y ha provocado la mayoría de las reclamaciones en vía judicial en estos supuestos. Por ello, debería o bien concretarse lo que pueden entenderse como razones que justifican la necesidad de autorizar la residencia en España del ascendiente o bien mitigar la inconcreción del concepto utilizando la expresión referida a los ascendientes contenida en la Directiva (artículo 4.2.a.): “y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen”.

Respecto a la concreción exigida en vía reglamentaria de los supuestos de excepción al requisito de la edad límite para la reagrupación de los ascendientes prevista en la última reforma de la LOEX, se ha optado por una fórmula apropiada a la expresión “la vida es más compleja que el Derecho”, dejando así abierta la posibilidad de reagrupar en estos casos supuesto no contemplados en el Borrador y siempre bajo el criterio unificador de la Dirección General de Inmigración.



Respecto a la fórmula establecida para la determinación de la acreditación del requisito de “estar a cargo”, y no obstante ser conscientes de las dificultades que entraña elegir una fórmula que realmente dé idea exacta de si existe tal dependencia económica, el producto interior bruto per cápita puede no indicar el nivel de vida real de la población de un país (por ejemplo, en supuestos de injusta distribución de la riqueza). Así cabría pensar que sería más preciso para llegar a tal determinación hacer referencia a un indicador vinculado al salario mínimo profesional, canasta de la compra o concepto asimilable, existente en el Estado donde resida el reagrupado.

En todo caso, de mantenerse la formulación contenida en el borrador, y teniendo en cuenta que el INE no tiene publicado tales indicadores del año en curso ni, normalmente, del anterior, por seguridad jurídica debería expresarse en el texto que el indicador de referencia será el del último año publicado por el INE.

Por otro lado, no recoge el Borrador el supuesto posible de que se pretenda la reagrupación de ambos ascendientes del reagrupante en lo que se refiere a la cuantía que ha de acreditarse para justificar que se hallan a cargo de este. Lo razonable es utilizar las mismas proporciones –reducción a la mitad- que se usan en otros supuestos contemplados en este borrador y establecer que, en ese caso, la cuantía se incrementará en el 25 %. De tal manera que si se pretende reagrupar a ambos progenitores, haya que acreditar el 76% del PIB per cápita al que arriba se alude.

Artículo 54. Medios económicos a acreditar por un extranjero para la obtención o renovación de una autorización de residencia o reagrupación a favor de sus familiares.

Se mezclan en este artículo el requisito exigible de medios económicos suficientes para la reagrupación familiar y la renovación de sus autorizaciones de residencia, con los documentos con los que se ha de acreditar el cumplimiento de tal requisito (apartado 5) y con otras cuestiones referidas al procedimiento (apartado 6) y que, a nuestro juicio, y por razones de técnica jurídica, deberían figurar en el artículo 56 del borrador. No obstante lo anterior, pasamos a analizar aquí el contenido completo de este artículo.

En primer lugar, debería suprimirse de la rúbrica del artículo, y por las razones a las que más adelante se hará referencia con detalle, la expresión “o renovación” ya que el Foro entiende que no se deben exigir los mismos requisitos para solicitar la reagrupación familiar que para renovar la situación de residencia a la que se accede una vez reagrupado.

1. La referencia al IPREM debería precisarse si se trata de su cómputo mensual o anual, y en este último caso si se refiere al cómputo en 12 ó 14 pagas.

De igual manera debería precisarse si ese cálculo hace referencia a los ingresos brutos o netos del reagrupante.

Por otro lado, parece confusa la redacción del requisito cuando se trata de unidades familiares que van a estar compuestas, una vez efectuada la reagrupación, por más de dos miembros. Si se trata de incrementar el módulo previsto para una familia de dos personas en el 50% por cada miembro más que vaya a ser reagrupado, podría



haberse expresado mejor sin hacer referencia al 225%. En todo caso, lo razonable es ir minorando los porcentajes a partir de un número determinado de familiares y máxime cuando los reagrupados son menores de edad.

2. Lo recogido en este apartado es un extremo de difícil concreción: ¿cómo puede asegurarse el mantenimiento de una fuente de ingresos? En todo caso, debería hacerse alusión a la existencia de contratos de trabajo de naturaleza indefinida o suscritos por períodos temporales iguales o superiores a un año (teniendo en cuenta la posibilidad de que un contrato suscrito por período inferior pueda ser prorrogado y que, en las circunstancias actuales, ni siquiera la existencia de un contrato indefinido presupone la seguridad de que se vaya a mantener en el tiempo).

El Foro considera que, debería valorarse o bien los ingresos de los últimos seis meses o bien la posesión de un contrato de trabajo que asegure la percepción de ingresos en el futuro.

3. En razón de evitar una excesiva discrecionalidad en los supuestos recogidos en el párrafo primero de este apartado, se propone sustituir la expresión “podrá ser minorada” por “se minorará”.

4. De la redacción del precepto es evidente que los medios económicos de un hermano, incluso si convive en el mismo domicilio familiar, no serán tenidos en cuenta a los efectos de acreditar la suficiencia económica para la reagrupación de un ascendiente. Y, sin embargo, lo razonable es pensar que el sustento de dicho ascendiente se comparta entre los hermanos residentes en España. Se propone añadir la expresión “de aquel o del reagrupado” tras la expresión “primer grado”. Y sustituir el término “éste” por la expresión “el reagrupante”. Ello daría cobertura a la acreditación de los medios por parte de un hijo del reagrupado que no sea el reagrupante sin ampliar las posibilidades para los otros supuestos.

5. a) 2º. Ya en el comentario inicial a este artículo se hizo mención a su desubicación y se propuso su desplazamiento al artículo 56 del Borrador, que trata de las cuestiones referidas al procedimiento.

Se valora positivamente la fórmula abierta establecida para acreditar documentalmente el cumplimiento del requisito al que se refiere este artículo. No obstante, la fórmula será correcta siempre que quede claro que estos documentos que se relacionan no son de obligada presentación.

Por ejemplo y en lo referido a la presentación de la Declaración de la Renta: salvo que se trate de valorar cuáles han sido los ingresos del reagrupante en un período de tiempo precedente al del momento de la solicitud, algo no expresado en el Borrador, no tiene objeto la exigencia de dicho documento a efectos probatorios de sus medios económicos. Solo en el caso de que se considere la propuesta contenida en el apartado 2 de este artículo, tendrá razón de ser la petición de un documento que pueda reflejar los ingresos del reagrupante durante el año anterior. Y siempre teniendo en cuenta que no en todos los casos debe ser un documento exigible ya que: en algunos supuestos el interesado no estará obligado a hacer tal Declaración; en otros, cuando la solicitud se haga en el primer cuatrimestre de un año natural, la Declaración, en su caso, dará



noticia de datos referidos a dos años antes de la solicitud; es decir, no da idea exacta de que se cumpla el requisito.

Por ello, se propone suprimir la mención expresa a este documento.

5. c) En la relación de los documentos con los que se puede acreditar la existencia de los medios económicos necesarios para la reagrupación en caso de que el reagrupante no realice actividad lucrativa alguna, debería, por un lado quedar claro que se trata de una relación orientativa y, por otro lado, eliminar la mención al Impuesto sobre el Patrimonio ya que no existe en la normativa tributaria española con tal expresión (artículo 3º y Disposición final 5ª de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre)

6. La expresión “bases de datos de cotización” no es exacta: ha de utilizarse “los datos de las bases de cotización”.

Artículo 55. Requisitos sobre vivienda adecuada a acreditar por un extranjero para la obtención o renovación de una autorización de residencia por reagrupación a favor de sus familiares.

Debería suprimirse de la rúbrica del artículo, y por las razones a las que más adelante se hará referencia con detalle, la expresión “o renovación” ya que el Foro entiende que no se deben exigir los mismo requisitos para solicitar la reagrupación familiar que para renovar la situación de residencia a la que se accede una vez reagrupado.

Nuevamente hay que valorar positivamente la fórmula abierta establecida para acreditar documentalmente el cumplimiento del requisito al que se refiere este artículo.

No obstante tener consciencia de que el texto de la LOEX condiciona lo atinente a la participación de las Comunidades Autónomas en lo referido a la emisión del informe sobre vivienda para la reagrupación familiar, debemos dejar constancia de que, dado que se trata de una Administración menos cercana al ciudadano que la Local, que será seguramente la que, en la mayoría de los supuestos, emitirá el informe, la necesidad de, con carácter previo y salvo en los supuestos que este apartado contempla, solicitar tal informe de la Comunidad Autónoma se trata de un trámite burocrático que no añade nada al expediente y que resta agilidad al procedimiento.

5. Sería conveniente explicitar, a modo de relación exhaustiva pero no excluyente, los distintos títulos que podrían habilitar para la ocupación de la vivienda, incluyendo en todo caso el supuesto de ocupación por razón de una relación laboral. Se relacionarían, pues, la escritura de propiedad, la de compra-venta, el contrato de alquiler, el de comodato, etc.

Tampoco es infrecuente que en una misma vivienda convivan miembros con vínculos familiares entre sí aunque no pertenezcan a la unidad familiar del reagrupante. En numerosas ocasiones esta convivencia ha dado lugar a la denegación de la reagrupación por razón de no disponer de una vivienda adecuada sólo por este hecho (incluso cuando el familiar era el hermano del reagrupante).



Es razonable establecer unos parámetros para que no se produzca el hacinamiento en las viviendas, ni situaciones de convivencia poco recomendables, pero de ahí no puede deducirse la denegación sistemática a la que hemos hecho antes referencia.

Es posible que alguna expresión a este respecto en el Reglamento, pudiera evitar tales denegaciones.

6. Se propone la adición de un apartado 6 con este tenor: “En todo caso no será causa suficiente para la denegación de la reagrupación familiar por no acreditar disponer de vivienda adecuada cuando en el domicilio convivan con el reagrupante otros familiares no pertenecientes a su núcleo familiar”.

Artículo 56. Procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar

1. Lo dicho en este apartado, salvo en lo atinente a la posibilidad de presentar la solicitud de renovación de la residencia o la de larga duración, es la configuración de un requisito legal, no es una cuestión procedimental, por ello, lo razonable sería haberlo ubicado, de manera autónoma en un artículo dedicado a los requisitos para la reagrupación familiar, junto a los referidos a medios económicos suficientes y disponibilidad de vivienda adecuada.

Por otro lado, y aun considerando que la LOEX ha establecido este requisito en su artículo 18.1, hemos de manifestar que la exigencia de disponer de una residencia de larga duración para poder reagrupar a los ascendientes, se trata de una limitación que no existía en la normativa precedente y no es acorde con el Derecho comunitario. Efectivamente, en el artículo 4.2.a) de la Directiva se establece que los Estados miembros podrán autorizar la entrada y residencia de los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge de conformidad con dicha Directiva siempre que cumplan las condiciones establecidas en ella. Una vez reconocida tal posibilidad en el Derecho español, no cabe establecer el requisito de un período previo de residencia legal del reagrupante superior al que se pueda exigir para la reagrupación familiar con carácter general en la misma Directiva (parece claro que si los Estados miembros deciden hacer uso de la facultad prevista en el artículo 4.2 deberán cumplir con las condiciones previstas en él). En este sentido el artículo 8 de la precitada Directiva, único en el que se contempla el período previo de residencia legal necesario para la reagrupación sin distinción de supuestos, establece que “los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él”. En conclusión no debería exigirse la condición de residente de larga duración del reagrupante para la reagrupación de sus ascendientes ni los de su cónyuge. (Téngase en cuenta que dicho periodo de espera previsto en la Directiva solo podrá ser sobrepasado por los Estados miembros cuya legislación hubiese previsto ya un período más largo en la fecha de aplicación de dicha Directiva).

2. La posibilidad que aquí se contempla referida a la posibilidad de que la solicitud pueda ser presentada por los propios familiares cuando ya estuviera constituida la familia en el primer Estado miembro, ha de establecerse también para el caso de los familiares del titular de Tarjeta Azul-UE en los que concurra la misma circunstancia. Y



ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo: “En el plazo máximo de un mes desde su entrada en el territorio del segundo Estado miembro, los miembros de la familia de que se trate o el titular de la tarjeta azul presentarán a las autoridades competentes de ese Estado miembro, de conformidad con el Derecho nacional, una solicitud de permiso de residencia como miembros de la familia”.

No obstante existir una referencia en los artículos 92 y 94 del Borrador respecto a la reagrupación de los familiares estos profesionales, nada se dice en ellos sobre la posibilidad de que sean estos familiares quienes puedan instar la solicitud de reagrupación familiar en el supuesto antes descrito.

Y si bien podría optarse por implementar tales artículos con lo susodicho, parece más coherente recoger aquí tal posibilidad y por ello se propone la reformulación del segundo párrafo de este apartado con el siguiente tenor: “La reagrupación de los familiares de extranjeros residentes larga duración-UE o de titulares de Tarjeta Azul-UE en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá ser presentada por los propios familiares, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración-UE o del titular de Tarjeta Azul-UE en el primer Estado miembro.”

3.a).2º y 3º Véanse los comentarios y propuestas realizados al efecto en los artículos 54 y 55.

3 b) 1º Dados la dificultad y el gasto que comporta la presentación de la copia compulsada del pasaporte completo del reagrupado, y dado que la verificación de cualquier extremo contenido o deducible de dicho documento que pudiera dar lugar a un supuesto de denegación o inadmisión a trámite ya que el original será exigido por la administración consular española cuando dicho reagrupado solicite el correspondiente visado, entendemos que la exigencia de tal formalidad debe minorarse estableciendo la presentación de copia simple del pasaporte.

El Foro propone añadir un nuevo apartado:

9. Asimismo, las Delegaciones del Gobierno remitirán información estadística sobre las solicitudes y concesiones de autorizaciones iniciales de residencia por reagrupación familiar, a los Ayuntamientos de los municipios en los que el reagrupante haya declarado tener su residencia habitual. La información será remitida con periodicidad mensual y desglosada por nacionalidad, domicilio, número de personas reagrupadas, y fecha de nacimiento de las mismas.

Artículo 58. Entrada en territorio español

1. Sería conveniente que el plazo para hacer uso del visado otorgado fuese siempre y necesariamente de tres meses para facilitar al reagrupado la organización de su viaje a España.

3. No es infrecuente el supuesto en el que, cuando se produce la entrada del reagrupado en España, al reagrupante se le ha extinguido la vigencia de su autorización de residencia y se halla en trámite o en plazo de renovación, o, no habiéndosele extinguido, le resten menos de tres meses para que tal hecho se produzca.



No hay previsión en el Borrador sobre la vigencia de la autorización que habría de serle concedido, en estos casos, al familiar reagrupado. Lo mismo puede suceder en el caso de que el reagrupante sea titular de una residencia de larga duración respecto a la vigencia de su tarjeta de identidad.

Lo razonable sería acudir a lo previsto en el artículo 13.2 de la Directiva que exige, en todo caso, la expedición de un primer “permiso” de residencia de una duración mínima de un año, con la posibilidad de extinguir dicha autorización de residencia en caso de que el reagrupante no renueve la suya.

En último extremo, y de no ser considerada esta fórmula, debería establecerse alguna previsión normativa a este respecto que evite las situaciones que se han venido produciendo en la práctica administrativa durante los últimos años por razón de esta laguna legal.

Respecto al último aserto de este apartado, que supone una excepción al criterio general de obtención de una autorización de residencia de larga duración, debería incluirse en la relación de supuestos contenida en el apartado 3 del artículo 145.

4. Sería conveniente incluir una previsión respecto a la obligación de que la tarjeta de identidad de los familiares a los que ampara este derecho contenga la expresión inequívoca del mismo.

Artículo 59. Residencia de los familiares reagrupados, independiente de la del reagrupante

1. Como se trata de la enumeración de requisitos no acumulativos, debería corregirse la expresión sustituyendo “cuando reúna los siguientes requisitos” por “cuando reúna alguno de los siguientes requisitos”.

1 b) y c) Al vincularse la eficacia de la autorización al alta en Seguridad Social del trabajador, la redacción no contempla la posibilidad de que el familiar reagrupado ya se hallase trabajando y estuviera afiliado y dado de alta en fechas muy anteriores a su solicitud de residencia y trabajo independiente o a su concesión, y ello en virtud de la habilitación establecida en el artículo 19.1 de la LOEX. En este caso, no ha lugar a la condición aquí establecida. Para dar cobertura a tales supuestos, se propone añadir la expresión “, cuando el cónyuge o pareja no figure afiliada y en alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social,” tras la expresión “En los supuestos de los apartados b) y c) anteriores,”

2. En el Borrador no se contempla un supuesto de acceso a residencia independiente que se recoge en la Directiva (artículo 15.1): “A más tardar a los cinco años de residencia, y siempre que al miembro de la familia no se le haya concedido un permiso de residencia por motivos distintos de la reagrupación familiar, los cónyuges o parejas no casadas y los hijos que hubieran alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho, previa solicitud, en su caso, a un permiso de residencia autónomo, independiente del permiso del reagrupante”.



Se propone añadir este supuesto en una nueva letra d) de este apartado. Dado que en el artículo 59.2 se regula la posibilidad de obtención de una autorización de residencia independiente por parte del cónyuge o pareja del reagrupante en los supuestos de separación legal, divorcio, cancelación de inscripción o finalización de vida en pareja (letra a) y también en los supuestos de muerte del reagrupante, y dado que no se establece plazo alguno desde el hecho causante, debe expresar el Reglamento con claridad que las autorizaciones concedidas por reagrupación familiar aunque se produjera tal hecho causante, seguirán teniendo vigencia hasta su extinción sin que puedan ser extinguidas por estas causas.

Artículo 60. Reagrupación familiar por residentes reagrupados

1. La expresión del tipo de autorización del que ha de ser titular el reagrupado que pretenda a su vez reagrupar no permite la reagrupación por quienes sean titulares de una residencia de larga duración o de una residencia temporal independiente (a la que ha podido acceder el extranjero por disponer de medios de vida no procedentes de ninguna actividad lucrativa, laboral o profesional).

Se propone sustituir la expresión “una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente” por la expresión “una autorización de residencia obtenida independientemente”.

2. Los requisitos exigibles respecto a medios económicos y disponibilidad de vivienda adecuada para que un ascendiente reagrupado pueda reagrupar deben ser idénticos a los establecidos con carácter general. La expresión del precepto es imprecisa: ¿sólo han de acreditar solvencia económica?; ¿se refiere a medios económicos suficientes?; ¿ha de disponer o no de vivienda adecuada?

Se propone sustituir el tenor de este apartado 2 por el siguiente tenor: “En el supuesto de los ascendientes éstos sólo podrán ejercitar, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residente de larga duración y siempre que acrediten el resto de los requisitos previstos para la reagrupación en los términos establecidos en este capítulo”.

Artículo 61. Renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar

2. Dado que el supuesto de reagrupación contemplado en el artículo 17.1.c) de la LOEX hace referencia a menores y mayores no objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades cuyo representante legal sea el reagrupante, deben sustituirse las expresiones que se contienen en este apartado de “menores tutelados” por la expresión “menores de edad y mayores no objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, representados legalmente por el reagrupante”.

3. b) 2º La exigencia de este requisito en los mismos términos previstos para la concesión inicial de la autorización de residencia por reagrupación familiar puede dar lugar a situaciones de irregularidad sobrevenida. Por ejemplo, si una familia depende de un progenitor que se halla cobrando la prestación por desempleo en el momento de la



renovación de las autorizaciones, a él le será concedida dicha renovación por aplicación de lo previsto en el artículo 38.6.b) de la LOEX, pero es más que probable que, dado que las cuantías que se perciben por este concepto son siempre inferiores al salario del trabajador, no pueda acreditar las cuantías previstas para la renovación de las autorizaciones de sus familiares, quedando estos en situación irregular. Quizás ese mismo trabajador al cabo de unos meses, estando ya su familia indocumentada, celebre un nuevo contrato de trabajo que le permita obtener retribuciones suficientes, pero sus familiares ya no estarán en plazo de renovación. ¿Han de iniciar un nuevo procedimiento de reagrupación o, de ser posible, de arraigo social, para volver a documentarse?

Por ello se propone la supresión de este requisito en los términos aquí establecidos y, o bien determinar el cumplimiento del mismo utilizando otros parámetros, o bien simplemente vincular la renovación a la concesión de la renovación o existencia de una autorización vigente del reagrupante.

3. a) 3º. Véase el comentario del artículo 61.4.d).

Como el artículo 9.4 de la LOEX establece un requisito documental, y en consonancia con el comentario arriba referido, se propone la supresión del artículo 61.3.a).3º.

3. b) 3º. Tal y como queda aquí expresado el requisito, se supone que nuevamente se ha de acreditar la disponibilidad de la vivienda adecuada. Ello no parece tener mucho sentido si se mantiene el mismo domicilio familiar en el que se llevó a cabo la reagrupación. En este caso debería presumirse que se cumple el requisito y, solo en el caso, de que se haya cambiado de vivienda, establecer la posibilidad de exigir la acreditación de tal requisito. Se propone añadir al final del epígrafe la expresión: “salvo que se mantenga el mismo domicilio con el que se efectuó la reagrupación familiar” o contemplar la posibilidad de suprimir este requisito en los supuestos de renovación. Se propone suprimir este requisito tal y como queda expresado en el borrador de Reglamento.

4. Se ha obviado la mención a la cédula de identidad de extranjero.
Se propone la adición del documento citado en el comentario anterior.

4. c) Véase los comentarios y propuestas del artículo 61.3.b).2º y 3º.

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

Es cierto que el art. 9.4 de la LOEX prevé esta obligación de presentar informe de escolarización tanto para las renovaciones como para el acceso a la autorización de larga duración. No obstante, de la literalidad del precepto de la LOEX no se extrae en ningún momento que sea consecuencia necesaria la denegación de la autorización en el caso de no aportarlo.



Entendemos que de acuerdo con el principio de no discriminación, y consecuentemente el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que viven y trabajan legalmente en España, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 bis e) de la LOEX, los efectos de la no escolarización de menores, deben ser los mismos establecidos por la legislación educativa para todas las personas que viven en nuestro país.

Nos parece muy positivo perseguir eficazmente el absentismo y evitarlo. No obstante, en ningún caso debe ser una causa para provocar irregularidad sobrevenida de la persona que solicita la renovación y del menor, puesto que, causaría graves perjuicios al interés superior de los menores, que es el bien jurídico a proteger. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, que reserva parte de su redacción a las actuaciones en situación de desprotección social del menor, en concreto el art. 13 de esta Ley establece obligaciones para la administración, los profesionales que estén relacionados con los menores e incluso para la ciudadanía, pero evitando toda interferencia necesaria en la vida del menor.

Por lo anterior, se propone añadir al final de este apartado la expresión: “a los efectos establecidos en la normativa específica, *si bien no tendrá consecuencias de denegación de la renovación*”

5. a) Por mejora técnica acorde con la redacción dada en otros artículos del borrador, sustituir la redacción dada por la siguiente: “La posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido condena, los que hubieran sido indultados o se hallasen en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena”.

En lo referido a la posibilidad (se trata de algo potestativo y no de obligado cumplimiento) de aportar por el interesado un informe positivo de la Comunidad Autónoma sobre su esfuerzo de integración, la expresión respecto a que tal informe debe tener un contenido mínimo en los términos previstos en este apartado no parece razonable. Los extremos a los que se refiere son de difícil realización por parte de los interesados.

8. Falta la expresión de la obligación de solicitar en plazo la expedición de la tarjeta de identidad que documenta el derecho. Se propone añadir tal obligación en los términos previstos para el resto de autorizaciones de residencia.

CAPÍTULO III. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

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

De la redacción de este artículo y de sus concordantes de este Capítulo se colige que en él se regula de forma exclusiva el supuesto de acceso a una autorización de residencia para el supuesto de extranjeros que residen fuera de España y que obtienen esta autorización para venir a nuestro país a trabajar. Pero lo cierto es que, en una interpretación sistemática, este tipo de autorización también pueden obtenerla extranjeros que ya ostentan en España la condición de residentes legales (el apartado 2 de este artículo es claro al respecto).

La realidad es que, estos últimos supuestos, terminan quedando escasamente regulados (en el Reglamento actual así sucede) y hay que, después, rehacer por la vía de la práctica administrativa, con los riesgos que ello comporta, lo que en buena lógica debería estar reglamentariamente determinado. En este sentido, puede optarse por: o bien a lo largo de este capítulo ir introduciendo las salvedades atinentes a estos supuestos o bien hacer una remisión a su regulación en otra parte del Reglamento (en el título XII sería su ubicación más correcta, conforme la estructura dada por este Borrador). En todo caso, téngase en cuenta que se trata de una materia que afecta a un colectivo cuantitativamente relevante.

1. Por precisión técnica se propone sustituir la expresión “y hayan sido dados de alta en Seguridad Social” por la expresión “y hayan sido afiliados y dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social”.

Por otro lado, los dos últimos párrafos de este apartado no parecen bien ubicados: hacen mención a las limitaciones geográficas y de ocupación que, en función de su inclusión o no en determinados supuestos, pueden o no contener las autorizaciones iniciales que se concedan; pero esta misma cuestión se recoge de forma redundante en el apartado 5 de este mismo artículo, donde parecen tener una ubicación más lógica ya que en él se mencionan no solo dichas limitaciones sino también la limitación temporal.

2. La expresión que contiene debería completarse por precisión añadiendo “para la obtención de este tipo de autorizaciones.”

5. Como ya quedó dicho *supra* tendría más coherencia ubicar aquí el segundo y tercer párrafo del primer apartado de este artículo.

Por otro lado, debería recogerse lo establecido en el segundo párrafo de este apartado no como una potestad sino como una obligación, salvo en los casos previstos por la Ley, los Convenios Internacionales firmados por España y los previstos en este Reglamento.

No parece lógico que una Comunidad Autónoma pueda conceder autorizaciones iniciales de trabajo sin limitaciones y que un trabajador, haciendo uso de esta habilitación, se desplace a trabajar a otra Comunidad Autónoma y en otra ocupación distinta.

Artículo 64. Requisitos

1. Dado que en el artículo 69 se hace relación de una serie de supuestos de denegación que no siempre tienen su equivalente en los requisitos previstos en este artículo, quizás convendría añadir la expresión “y no incurrir en ninguno de los supuestos de denegación previstos en el artículo 69 de este Reglamento”.

2 c) Se propone añadir la siguiente expresión: “En caso de figurar como rechazable, se comunicará esta circunstancia a la persona interesada de forma motivada, con indicación del registro o fichero al que pueda dirigirse a fin de ejercer, en su caso, el derecho de acceso, información y rectificación conforme a la legislación aplicable sobre protección de datos de carácter personal.”



Y ello en consonancia con las previsiones establecidas en el Acuerdo de Schengen en lo referido a la existencia de una anotación en su Sistema de Información.

3 e) Debería contemplarse la posibilidad de que el empleador acreditase que es previsible que pueda contar en un futuro próximo con tales medios.

Y ello para dar solución a empresas o trabajadores autónomos que inician una actividad (y que, por tanto, no pueden acreditar un volumen de negocio en los mismos términos que una empresa ya constituida y en funcionamiento).

Por ello se propone la inclusión de la expresión “o vaya a contar” tras la expresión “cuenta”.

Se considera que quizás hubiese sido más apropiado, por coherencia de contenidos, hacer esta salvedad en el apartado 3.a) de este artículo.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que a lo largo del borrador –igual que sucede en el RLOEX 2004- se establecen “supuestos específicos” que no están recogidos ni en la Ley ni en los Convenios a los que se alude, convendría, para dar cobertura a tales supuestos, añadir la expresión “y por este Reglamento”.

Y lo previsto en el último párrafo es, al menos parcialmente, redundante: ya se ha hecho mención a los tratados internacionales suscritos por España en el párrafo anterior.

Artículo 65. Determinación de la situación nacional e empleo

1. Se propone añadir al párrafo “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”, la expresión “siempre a propuesta, suficientemente motivada tras la gestión de ofertas de empleo para esos puestos de trabajo, de dichos Servicios Públicos de Empleo”.

Y ello porque son dichos Servicios los que deben tener datos suficientes para detectar que, para determinados empleos, la posibilidad de impartir una formación con el resultado esperado es o no viable.

2. Se desarrolla en este precepto, y de forma novedosa respecto al RLOEX 2004, lo atinente a la acreditación del requisito de la situación nacional de empleo por medio de la gestión de la oferta por los Servicios Públicos de Empleo.

En todo caso, sería conveniente precisar en este párrafo con qué documento ha de acreditarse tal dificultad: mediante la certificación expedida por dicho Servicio. Y que dicho certificado tendrá carácter vinculante a la hora de acreditar la posibilidad de cubrir el puesto de trabajo ofertado con mano de obra no incorporada al mercado nacional.

En consonancia con lo arriba indicado, debe suprimirse el último párrafo de este apartado.



Artículo 66. Medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo

Por otro lado, la referencia al IPREM debería precisarse ya que este puede referirse a su cómputo en 12 ó 14 pagas. De igual manera debería hacerse mención a si el IPREM se refiere a los ingresos brutos o netos del empleador.

En todo caso, el artículo no aborda la manera de objetivar el requisito de disponer de medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo en el supuesto de que se trate de un empresario individual o de una empresa. Ni siquiera establece unos parámetros en lo referido al volumen de facturación u otros indicadores de los que pueda deducirse el cumplimiento de tal requisito.

Artículo 67. Procedimiento

1. La exigencia de la presentación personal de las solicitudes en estos términos ha dado lugar a numerosas situaciones problemáticas. Debería aprovecharse la ocasión para incluir el supuesto de a quienes se les haya otorgado un poder notarial a los efectos de presentar la solicitud. Es conveniente entender que una cosa es la legitimación para la solicitud (lógicamente ha de ser quien ostente la representación legal empresarial) y otra, muy distinta, la de exigencia de personación en el trámite (que no hay por qué establecer con la rigidez que aquí se exige).

No estaría de más, añadir la nota temporal de que la solicitud debe instarse con carácter previo al inicio de la prestación de los servicios.

2. b) El Foro considera oportuno que el contrato de trabajo se presente por duplicado (no original y copia).

La expresión “La Oficina de Extranjería sellará la copia del contrato...” debe completarse considerando los supuestos en los que la Comunidad Autónoma tenga atribuida la gestión de la autorización inicial de trabajo. Así: “La Oficina de Extranjería o, en su caso, el órgano autonómico competente, sellará la copia del contrato...”

2. e) Debido a la dificultad y el gasto que comporta la presentación de la copia compulsada del pasaporte completo del reagrupado, y dado que la verificación de cualquier extremo contenido o deducible de dicho documento que pudiera dar lugar a un supuesto de denegación o inadmisión a trámite ya que el original será exigido por la administración consular española cuando el trabajador solicite el correspondiente visado, entendemos que la exigencia de tal formalidad debe minorarse estableciendo la presentación de copia simple del pasaporte.

2. g) Teniendo en cuenta que a lo largo del Borrador (como ya sucede en el RLOEX 2004) se establecen “supuestos específicos” que no están recogidos ni en la Ley ni en los Convenios a los que se alude, convendría, para dar cobertura a tales supuestos, añadir la expresión “y por este Reglamento”.

5. En consonancia con lo comentado en el artículo 69.1.e), y para preservar en la medida de lo posible el principio de presunción de inocencia, debería redactarse de



una forma más garantista este supuesto intercalando entre su primer y segundo párrafo lo que sigue: “En todo caso, la persona sobre quien verse cualquiera de los informes emitidos, tendrá el derecho de obtener una copia del contenido íntegro de los mismos, independientemente del lugar donde se encuentre y su situación administrativa, a los efectos de ejercitar su derecho de acceso, rectificación, modificación o cancelación, garantizándose así su derecho de defensa contra posibles datos erróneos o presuntos sin confirmación judicial.”

8. Debería incluirse el supuesto de desistimiento del empleador que, como causa no imputable al trabajador, no debería comportar para éste un perjuicio de muy difícil reparación teniendo en cuenta el gasto realizado para llegar a España y que en todo momento ha actuado dentro de lo reglado.

9. Sería conveniente establecer si, en el supuesto de haberse dirigido al empleador que solicitó la autorización y éste le hubiera comunicado su intención de no darle de alta, ello comportaría para el trabajador una situación de ventaja para la obtención de una nueva autorización. Es evidente que, salvo prueba en contrario, el trabajador no ha tenido la culpa de que no se haya podido iniciar la relación laboral y el hecho no solo de ponerlo en conocimiento de la Oficina de Extranjeros sino de presentar la correspondiente demanda, debería reportarle la posibilidad de solicitar una nueva autorización dentro del plazo legal y en los mismos términos que si el empleador hubiese fallecido o desaparecido.

En otro caso, la obligación que se contiene en este apartado respecto al último aserto, normalmente no se cumplirá.

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

La rúbrica del artículo es incongruente con su contenido ya que no se regula la asunción de competencias sino el procedimiento para la tramitación de las solicitudes en los supuestos en los que la Comunidad Autónoma tenga asumidas dichas competencias.

Se propone, pues, cambiar la rúbrica del artículo y ajustarla al contenido del mismo.

2 Bastaría, en este apartado, con hacer mención al “órgano que sea competente de acuerdo con la normativa autonómica” en vez de decir que ha de ser “el órgano autonómico”.

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

1. e) Para preservar en la medida de lo posible el principio de presunción de inocencia, debería redactarse de una forma más garantista este supuesto de denegación. Se propone a tal efecto la siguiente redacción de este supuesto de denegación: “De así valorarlo de forma motivada el órgano competente para resolver, cuando conste un informe policial desfavorable de cuyo contenido se dará traslado al solicitante como parte ineludible de la resolución adoptada”.



Artículo 70. Visado de residencia y trabajo

1. Si el artículo siguiera una lógica temporal, debería trasladarse este apartado al inmediatamente anterior a los supuestos de denegación (apartado 4):

4. a) Teniendo en cuenta que en la letra b) de este apartado se establece como motivo de denegación la no acreditación de los requisitos previstos en este artículo, y dado que ya figura éste supuesto en el apartado 2 “in fine”, parece redundante volver a enumerarlo, por ello se propone su supresión y la renumeración de las letras que componen el apartado.

4. f) En los casos en los que la competencia para la tramitación de la autorización de trabajo venga atribuida a una Comunidad Autónoma, la referencia a la Oficina de Extranjería debe sustituirse por la del “órgano autonómico competente”.

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

Se trata de un asunto principal. La LOEX no establece desarrollo reglamentario en este extremo y por tanto entendemos que no pueden ponerse más condiciones que las establecidas en ella. Esto iría en consonancia, además con la preocupación por evitar la irregularidad sobrevenida, expresada públicamente en reiteradas ocasiones por el Gobierno. Se propone, por tanto, la supresión de estos requisitos. En caso de no aceptarse esa medida el Foro propone que:

2. b) Debería precisarse, con carácter general, qué ha de entenderse por “realización habitual de la actividad laboral”. Las interpretaciones de esta expresión pueden ser diversas: días cotizados o días en alta en Seguridad Social (incluyendo o no los períodos de percepción de la prestación por desempleo –nivel contributivo-).

Debería también precisarse lo atinente al módulo “seis meses por año”. Hasta la fecha, se han producido interpretaciones diversas; no en el caso de una autorización inicial (al tener un año de validez no hay lugar a dudas), pero sí en el caso de las autorizaciones ya renovadas (dos años de vigencia): se ha interpretado que los doce meses habían de estar necesariamente repartidos por mitad en cada uno de los años de vigencia de la autorización; otras veces, se ha optado por considerar los dos años un módulo completo y admitir que los doce meses podrían estar comoquiera repartidos dentro de ese módulo.

Debería igualmente precisarse, con carácter genérico, que los requisitos que se exigen han de cumplirse en un momento preciso. No es lo mismo que se hayan de cumplir en el momento de formular la solicitud, que en el momento de la valoración del expediente por parte de la Administración. Un trabajador, por ejemplo, puede en el momento de solicitar la renovación tener un contrato de trabajo en vigor y figurar dado de alta en Seguridad Social y, dos meses después, estando en trámite su expediente de solicitud, habérsele extinguido el contrato y no hallarse en ninguno de los supuestos de renovación previstos en la norma. Lo razonable sería determinar con precisión el momento exacto en el que deben cumplirse los requisitos exigibles. Así también con la acreditación de la realización habitual de la actividad.



2. c) Valen aquí las apreciaciones arriba hechas sobre “actividad laboral”, módulo temporal y momento al que se refiere el cumplimiento de los requisitos.

2. c) 1º Esto, que puede ser entendible en el caso de la primera renovación, es absolutamente incomprensible para una segunda renovación: dada la movilidad existente en el mercado laboral y la temporalidad de los contratos, puede suceder que, durante los dos años de vigencia de la autorización, el trabajador haya podido suscribir varios contratos con distintos empleadores. En unos casos habrá cesado en la relación laboral por voluntad suya y en otros, no. Ello, en un supuesto de segunda renovación, no añade ninguna nota digna de ser tenida en cuenta por la Administración a la hora de renovar la autorización. En todo caso, puede tener sentido referido a la última relación laboral que haya tenido el trabajador o considerar su supresión como requisito para la renovación en este supuesto.

2 c) 3º Razonablemente debe exigirse el mismo requisito que se enuncia en el supuesto 1.b.1º: *“y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.”*

Debería, en aras al comentario efectuado al comienzo de este artículo, contemplarse también la posibilidad de que el trabajador no tuviese un contrato en vigor sino que disponga de un nuevo contrato en los términos establecidos en el apartado 2.b).2º y éste no haya entrado en vigor por contener su autorización limitaciones que hagan imposible el inicio de la relación laboral. En este caso, podría establecer que, además, aportase el informe al que se refiere el apartado 4 de este artículo.

2. d) Respecto al supuesto previsto en el apartado c) del artículo 38.6 de la LOEX al que se hace referencia (*“cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral”*): también se hizo necesaria una instrucción de la DGI (DGI/SGRJ/07/2009) que determinaba qué debía entenderse a este respecto. No obstante lo anterior, Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno han hecho caso omiso al listado y criterios que la citada Instrucción recoge. Por ello, debería hacerse una precisión suficiente de este supuesto.

2 e) 1º Sería razonable precisar que tales períodos de tiempo están referidos a la vigencia de la autorización que pretende renovar y, sobre todo, que en este caso no se exige que el trabajador disponga DE un contrato de trabajo en el momento de la solicitud. Ayudaría a completar la lógica del sistema establecido para las renovaciones.

Motivación: El artículo. 71.2 e), 1º), Sí exige que la relación laboral se haya interrumpido por causas ajenas a la voluntad del trabajador.

2. e) 2º En consonancia también con lo dicho en el comentario inicial a este artículo, 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.



3. Por seguridad jurídica y para evitar una práctica administrativa dispersa, y tal y como se hace para el supuesto de otras autorizaciones recogidas en el Borrador, sería conveniente una relación de los documentos que han de aportarse a la solicitud con carácter genérico –aparte de los específicos para cada uno de los supuestos, a los que alude este apartado-.

Por otro lado, y en relación a la exigencia de aportar informe que acredite la escolarización de menores a cargo –en edad de escolarización obligatoria-, si bien es cierto que el artículo 9.4 de la LOEX prevé la obligación de presentar dicho informe, de la literalidad del precepto no se extrae en ningún momento que sea consecuencia necesaria la denegación de la autorización en el caso no ser presentado.

Entendemos que de acuerdo con el principio de no discriminación, y consecuentemente el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que viven y trabajan legalmente en España, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 bis e) de la LOEX, los efectos de la no escolarización de menores, deben ser los mismos establecidos por la legislación educativa para todas las personas que viven en nuestro país.

Nos parece muy positivo perseguir eficazmente el absentismo y evitarlo. No obstante, en ningún caso debe ser una causa para provocar irregularidad sobrevenida de la persona que solicita la renovación y del menor, puesto que, causaría graves perjuicios al interés superior de los menores, que es el bien jurídico a proteger. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, que reserva parte de su redacción a las actuaciones en situación de desprotección social del menor, en concreto el artículo 13 de esta Ley establece obligaciones para la administración, los profesionales que estén relacionados con los menores e incluso para la ciudadanía, pero evitando toda interferencia necesaria en la vida del menor.

Por lo anterior, se propone añadir al final de este apartado la expresión: “a los efectos establecidos en la normativa específica, *si bien no tendrá consecuencias de denegación de la renovación*”

Además, que no sea el centro escolar sino “la autoridad autonómica competente” quien deba emitir el informe, lo único que hace es burocratizar el trámite en detrimento del interesado.

4. a) Por mejora técnica acorde con la redacción dada en otros artículos del Borrador, sustituir la redacción dada por la siguiente: “La posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido condena, los que hubieran sido indultados o se hallasen en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena”.

4 “in fine”. Respecto al informe de la Comunidad Autónoma referido al esfuerzo de integración del solicitante:

Está claro que su presentación queda a la potestad del interesado, luego no es de obligada presentación.



Por otro lado, será el informe emitido con sentido positivo el que se valorará a los efectos de la renovación. Luego nunca podrá obrar en el expediente en perjuicio del interesado.

La razón de ser de alegar el esfuerzo de integración que recoge tal informe es suplir el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos en este artículo para la renovación de la autorización. Ello se desprende de la literalidad del precepto; pero el borrador no deja suficientemente claro a cuál o a cuales de dichos requisitos puede suplir el informe.

Por otro lado, la expresión respecto a que tal informe debe tener un contenido mínimo en los términos previstos en este apartado no parece razonable. Los extremos a los que se refiere son de difícil realización por parte de los interesados. Con independencia de que el informe pueda hacer referencia a tales extremos, debería reducirse la excesiva concreción sobre el contenido del mismo que se hace en este apartado.

Por todo lo antedicho, se propone que se redacte nuevamente el requisito en términos acordes con este comentario.

5. El contenido de este precepto parece contradecir lo previsto en la letra b) del apartado anterior. Habría que precisar a quién se refieren esos descubiertos: si se trabaja por cuenta ajena, en la inmensa mayoría de los supuestos el sujeto obligado a ingresar las cuotas de la Seguridad Social es el empleador. Difícilmente podría entenderse que recayese perjuicio alguno sobre el trabajador por el incumplimiento de una obligación que no le incumbe. Si se hace referencia a los supuestos en los que el sujeto obligado es el trabajador (el caso de los empleados de hogar discontinuos a los que hacíamos mención): parece más razonable, salvo que se haya solicitado y obtenido un aplazamiento y/o fraccionamiento de la deuda, que se determine la denegación de la renovación.

En todo caso, el supuesto requiere de precisión.

6. La fórmula escogida parece cómoda, pero es carente de todo fundamento: por ejemplo, en el artículo 69.1 se hace mención a varias causas de denegación que tienen que ver con el empresario (las recogidas en las letras b), c), g) y h)): no parece razonable que si el trabajador ya tiene un contrato en vigor y está en alta en Seguridad Social, no se le renueve su autorización porque su empleador no cumple unos requisitos que al trabajador no le incumben en absoluto (está bien que se tengan en cuenta para una concesión inicial o para algún supuesto de renovación, pero no para todos los casos). Por otro lado, el mismo artículo 69 remite a los requisitos del 64 y otra vez nos encontramos con la misma dinámica.

Lo razonable es tasar de forma clara e inequívoca los supuestos de denegación de la renovación.

7. Sería conveniente establecer un plazo para la expedición del certificado de silencio positivo que no sea superior a quince días desde su solicitud, sin perjuicio de que, tal y como contempla la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* en su artículo 43.4, pueda acreditarse tal circunstancia por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.



Por otro lado, y dado que en el artículo 72.2 del Borrador se hace mención expresa a lo atinente a la expedición de las tarjetas de identidad, se propone suprimir lo que en este apartado se dice al respecto y desplazarlo a dicho artículo.

Para evitar situaciones en las que en numerosas ocasiones se le produce un perjuicio al interesado de difícil o irreparables consecuencias, y para dotar de seguridad jurídica a las situaciones que aquí se describen, se propone añadir un nuevo apartado 8, con la siguiente redacción:

8. Notificada resolución administrativa denegatoria de la renovación, la interposición de recurso administrativo en forma y plazo prorrogará la validez de la autorización y permitirá a la persona extranjera mantener o iniciar la actividad laboral en los términos previstos en la autorización de la que es titular así como mantener o solicitar el alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social, en tanto no se dicte resolución firme en vía administrativa.

Esta redacción recogería expresamente en el Reglamento de Extranjería lo establecido en el apartado 3.4 de la vigente Circular conjunta de 10.02.1998 de la Tesorería General de la Seguridad Social y de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, sobre Afiliación, Altas, Bajas, Variaciones de datos y Cotización de trabajadores extranjeros a la Seguridad Social. Circular publicada en el BOE nº 54 de 4 de marzo de 1998 por Resolución de 20 de febrero de 1998: "Punto 3.4: Cuando el permiso de trabajo, autorización para trabajar o excepción del permiso de trabajo están en trámite de renovación se podrá mantener o, en su caso, solicitar el alta en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social, según lo dispuesto en el art. 90 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, y en sus normas de desarrollo, en tanto la resolución del expediente no sea firme. En estos casos, las solicitudes de alta y variación de datos se acompañarán de alguno de los documentos detallados en el punto anterior, así como del resguardo de solicitud de renovación para trabajar o de la excepción de permiso de trabajo y en su caso, de copia del recurso ordinario interpuesto."

Artículo 72. Efectos de la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

1. Por precisión convendría añadir detrás de la expresión "actividad", la expresión "laboral".

Por otro lado, respecto a los efectos de la autorización renovada, se habla de "retrotraerlos" a la fecha inmediatamente posterior a la de caducidad de la anterior, pero ello no siempre ha de suceder así: si la resolución se produce en fecha anterior a la caducidad, los efectos tendrán lugar a partir de la misma fecha, pero no con carácter retroactivo.

La expresión, pues, es mejorable: "La autorización renovada tendrá efectos a partir del día siguiente al de la caducidad de la autorización anterior."



2. En coherencia con lo dicho en el comentario al artículo 71.7, debe recogerse aquí la expresión del plazo para solicitar la expedición de la tarjeta de identidad en caso de producirse el silencio positivo.

CAPÍTULO VI. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada

Artículo 97. Requisitos

2. Se propone una adición al tercer párrafo del punto segundo del artículo:

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

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

Artículo 99. Visado

Se propone una adición al final del apartado 2:

2. En el supuesto por el artículo 159. En los casos en que la falta del alta en la seguridad social venga determinada por causa no imputable al extranjero, se permitirá el alta por otro empleador, que reúna los debidos requisitos y en el plazo de los tres meses desde la entrada en territorio español.

Motivación. Evitar la irregularidad sobrevenida al extranjero en los casos en que no se produzca el alta en la seguridad social por causa no imputable al extranjero, permitiendo el alta por otro empleador, que reúna los debidos requisitos y en el plazo de los tres meses desde la entrada y dado que lo permite la situación nacional de empleo, al tratarse del mismo sector y ocupación para la que fue autorizado. Así se recogía ya en sentencia del Tribunal Supremo (Sala C-A, sección 4ª) de 8 de enero de 2007.

CAPÍTULO VII. Residencia temporal y trabajo por cuenta propia

Artículo 104. Procedimiento

El Foro propone añadir en el apartado 1:

1. El trabajador extranjero no residente que pretenda trabajar por cuenta propia en España deberá presentar, personalmente, a salvo de la excepción contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica, en modelo oficial.....



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

2. c) El Foro solicita la supresión de este apartado.

Motivación.- Entendemos que la necesidad de presentar ante la oficina consular las autorizaciones, licencias o certificaciones de solicitud de las mismas para la obtención de la autorización es inviable debido a la complejidad e imposibilidad de realizar desde el país de origen los trámites necesarios para la obtención de la correspondiente licencia.

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

El Foro propone el siguiente texto:

1. El interesado presentará, personalmente, a salvo de la excepción contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica, la solicitud de visado en modelo oficial.....lugar de residencia. La Misión diplomática u Oficina consular registrará la solicitud y entregará al interesado comunicación de inicio de procedimiento o, en su caso, resolverá la inadmisión a trámite.

Asimismo en el supuesto de que en la Misión diplomática u Oficina consular exista instaurado un sistema de citas, se registrará la solicitud y se le entregará al interesado comunicación del día a los efectos del cómputo del plazo de presentación establecido en el párrafo anterior.

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

Artículo 107. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia

6. Se propone añadir el texto "en el plazo de 15 días":

Se entenderá autorización vendrá obligada, **en el plazo de 15 días**, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero.

Motivación. Necesidad de establecer unos plazos para la emisión del certificado

Asimismo se propone añadir un nuevo párrafo dentro del punto 6º:

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

Motivación. Este nuevo apartado propuesto resulta plenamente concordante con la normativa vigente (artículo 28.3 LOEX y 109 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones



Publicas y Procedimiento Administrativo Común) y evita graves problemas de inseguridad jurídica.

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

Artículo 117. Efectos del visado

Se propone la siguiente modificación:

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

Motivación. El visado tiene una validez de 3 meses, si la tarjeta de identidad se solicita a los 6 meses el interesado permanecería 3 meses sin ningún documento acreditativo de su citación administrativa. Por esta razón se considera más adecuado que la tarjeta de identidad de extranjero se pueda solicitar cuando finalice el plazo de validez del visado.

Artículo 119. Compromiso de no regreso a territorio español

En el artículo 119, la posibilidad de que se fije por orden ministerial el plazo máximo de retorno puede provocar inseguridad jurídica.

El Foro propone las siguientes modificaciones:

3. En caso de que el extranjero y por escrito a su autorización de trabajo y solicitar expresamente la suspensión de su autorización de residencia en el momento en que comparezca en la representación diplomática o consular española en su país de origen para acreditar su retorno.

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

Motivación: Es necesario crear incentivos reales a las migraciones circulares y al retorno voluntario ofreciendo la oportunidad de volver, a través de vías regulares, sin la gran carga que supone la necesidad de buscar un contrato de trabajo en el país origen.

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

El texto quedará redactado de la siguiente forma:

1. La vigencia de la autorización de trabajo y residencia quedará suspendida durante los años de compromiso de no retorno, una vez cumplido este plazo, el extranjero



tendrá un mes para dirigirse al consulado de España en el país de origen y realizar una declaración de voluntad para que continúe la vigencia de su permiso anterior.

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

Motivación: Es necesario crear incentivos a las migraciones circulares y al retorno voluntario ofreciendo la oportunidad de volver, a través de vías regulares, sin la gran carga que supone la necesidad de buscar un contrato de trabajo

Artículo 120 bis: El Foro propone añadir un nuevo artículo con el siguiente texto:

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

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

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

2. Cuando el Juez o Tribunal sentenciador no haya sido sustituido la condena por expulsión del territorio español, la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en artículo 100, tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional. Dicha autorización se concederá sin perjuicio de que finalizada la condena se le aplique lo contenido en la Ley Orgánica 4/2000 y en el presente Reglamento para la obtención o renovación de la autorización de residencia.

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

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

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

a) Copia del pasaporte o título de viaje



- b) Original y copia del contrato de trabajo, en el modelo oficial establecido
- c) El NIF y, en el caso de que la empresa esté constituida como persona jurídica, documento público que otorgue su representación legal en favor de la persona física que formule la solicitud.

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

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

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

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

- e) La titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.
- f) Resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en la que se acuerda la concesión del artículo 100 o la progresión a tercer grado penitenciario o en su caso el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el que se otorga la Libertad Condicional.
- g) Certificado del Director del Centro Penitenciario en el que se haga constar la fecha de finalización de la condena.

En el supuesto de que no se presenten los documentos recogidos en el apartado anterior el órgano competente requerirá al interesado y le advertirá expresamente que, de no aportarlos en el plazo de diez días o no proceder al pago de las tasas por tramitación del procedimiento, se le tendrá por desistido de la petición y se procederá al archivo del expediente

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

Si la resolución es desfavorable, se notificará al interesado, informándole por escrito en el mismo documento de los recursos administrativos y judiciales que procedan contra la misma, las autoridades ante los que deban interponerse y los plazos previstos



para ello, con indicación del derecho a obtener asistencia letrada en los términos establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Motivación: Desarrollar lo establecido en el artículo 36. 1 de la LOEX y no dejar la misma a desarrollo mediante Instrucción.



TÍTULO V. RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

CAPÍTULO I. Residencia por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público.

Artículo 121. Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales

El Foro propone la siguiente redacción a los apartados 1 y 2:

1. De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias o colaboración con autoridades públicas, previstos en los artículos siguientes.

Motivación: Resulta curioso como en algunas Capítulos del Reglamento, se hace referencia expresa al articulado de la LOEX que se va a desarrollar y en otros Capítulos no. Pero en cualquier caso si se refiere el artículo legal que se va a desarrollar esta referencia debería ser fiel al artículo 31.3 de la LOEX, y reflejar el contenido del mismo, en el sentido que acabamos de proponer.

Además el Reglamento exige que los extranjeros se “*hallen en España*”, exigencia que no previó la Ley. En realidad para acceder a alguna de las autorizaciones de residencia de este Capítulo I, no hace falta hallarse en España, por ejemplo cuando se colabora con las autoridades públicas y cuando concurren razones de interés público o de seguridad nacional que justifiquen la necesidad de la residencia del extranjero colaborador en España.

2. El contenido de este Capítulo debe ser interpretado sin perjuicio de la posible concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en base a lo previsto en los artículos 31 bis, 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Igualmente, podrán concederse otras autorizaciones de residencia en los términos establecidos en la Disposición adicional primera.4 de este Reglamento.

Motivación: La Disposición Adicional Primera 4, no hace referencia a autorizaciones de residencia por “*circunstancias excepcionales*”, sino a “*supuestos no regulados de especial relevancia*” que requerirían instrucciones determinadas y muy concretas para la concesión de una autorización de residencia o de residencia y trabajo.

Artículo 122. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo

El Foro propone la siguiente modificación en el apartado 1, segundo párrafo:

1. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar entre otros medios de prueba...

Motivación: En el arraigo laboral, se debería aceptar como medio de prueba de la existencia relación laboral el reconocimiento por parte del empleador de esa relación laboral en acto de conciliación. Si la existencia de relación laboral queda declarada por alguno de estos medios, nos encontramos ante la contradicción de que el extranjero no podrá solicitar el arraigo laboral, pues ni tiene una sentencia ni podrá tenerla, ya que, al no ser perjudicado por la resolución de la inspección o por el acto de conciliación, no podrá recurrir a la vía judicial, pues su pretensión ya estará satisfecha. Sin embargo, ese extranjero sí habrá cumplido el supuesto material para



acceder al ARCE por arraigo laboral. Por tanto, se entiende que es necesario incluir estos dos medios de prueba.

El Foro opina que se debería incluir en el Reglamento la posibilidad de un nuevo modelo de arraigo laboral que permita a los/as solicitantes de asilo seguir en sus puestos de trabajo concediéndoles una autorización de trabajo y residencia en el marco legal, cuando demuestren que dicha o dichas relaciones laborales han superado los seis meses.

El Foro propone, asimismo, la adición en el apartado 1 de un tercer párrafo:

La persona extranjera que se encuentre en la situación descrita en el párrafo anterior, podrá solicitar, ante la Oficina de Extranjería correspondiente, una autorización de residencia y trabajo, por sí misma o a través de representante, desde el momento en que se haya dictado resolución judicial a su favor en primera instancia.

Presentada la solicitud será concedida de oficio una autorización provisional de residencia y trabajo que tendrá eficacia desde el momento de su concesión hasta que se dicte resolución judicial firme.

Motivación: Actualmente las dificultades de esta previsión legal hacen que este tipo de autorización de residencia sea de escasa utilidad. Entendemos, que por seguridad jurídica es necesario vincular este tipo de arraigo a sentencia o acta de Inspección de Trabajo. Sin embargo, proponemos que se conceda de oficio una autorización provisional hasta que la sentencia devenga firme para así dar una mínima viabilidad a la figura.

2 a) El Foro propone la siguiente redacción:

Excepcionalmente, cuando la obtención de los antecedentes penales de los países en que el extranjero haya residido durante los últimos cinco años, sea excesivamente gravosa de forma que imposibilite dicha acreditación se entenderá que carece de los mismos siempre que cumpla los restantes requisitos así como que carece de antecedentes penales en su país de origen y en España.

2. b) El Foro propone eliminar la expresión “*una misma ocupación*” en el tercer párrafo

Motivación. En cuanto al arraigo social, exigir un solo contrato, o varios, pero en una misma actividad laboral, supone desconocer la realidad de nuestro mercado laboral, caracterizado por la eventualidad y la pluriactividad. Se estaría impidiendo el acceso a la autorización de residencia a personas que demuestran sobradamente su arraigo en España y tienen medios de vida en España para mantenerse. Limitar la posibilidad de varios contratos a una misma ocupación iría en contra del principio de igualdad de trato.

De no aceptarse la supresión, el Foro propone la siguiente modificación:

En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador/ora, se admitirá la presentación de varios contratos de trabajo, todos ellos de duración mínima de un año y de los que se derive una retribución no inferior al Salario Mínimo Interprofesional mensual, a tiempo completo, por catorce pagas.”

Motivación. En el propio borrador del Reglamento, el artículo 59 señala los requisitos para que los familiares reagrupados puedan obtener una autorización de residencia y trabajo independiente de la de la persona reagrupante. En el citado artículo, se considera que la



presentación de uno o varios contratos de trabajo de duración mínima de un año de los que se derive una retribución no inferior al Salario Mínimo Interprofesional mensual, a tiempo completo, por catorce pagas es suficiente para la obtención de la autorización de residencia y trabajo por parte del cónyuge o la pareja de hecho. La exigencia de una jornada semanal no inferior a 30 horas en este caso, por lo tanto, no parece justificada, puesto que el criterio anteriormente citado acredita *per se* la tenencia de medios de vida suficientes.

El Foro considera que debería expresarse con mayor nitidez que en el supuesto de arraigo social en el que se establece como requisito la existencia de un contrato de trabajo, se haga constar que se exigirán, en lo atinente a la documentación laboral y empresarial, los requisitos previstos en los apartados b), c), d), e) y f) del artículo 64.3 borrador y nunca el previsto en el apartado 3.a) del mismo artículo (el referido a la situación nacional de empleo).

La expresión clara de que no será tenida en cuenta la situación nacional de empleo en estos supuestos debe contemplarse por razones de seguridad jurídica.

2 c) Se sugiere nueva redacción a este apartado en los siguientes términos:

“Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o bien presentar un informe que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en segundo grado y línea directa y colateral por consanguinidad o afinidad”

Motivación.- Consideramos que la redacción actual es farragosa en su primer apartado. Respecto al segundo, consideramos que dichos vínculos familiares han de extenderse a los familiares del segundo grado, los abuelos respecto a los nietos, por ejemplo es claro que suponen un arraigo, lo mismo respecto a los hermanos, motivo por el que incluimos los parientes colaterales hasta el segundo grado.

El Foro propone sustituir los párrafos tercero, cuarto, quinto y sexto del apartado 2 letra c) por el siguiente texto:

En el plazo máximo de treinta días desde la solicitud, la Corporación Local deberá emitir el informe de arraigo social, que acredite su integración social en el municipio y notificarlo al interesado y, simultáneamente y por medios telemáticos cuando fuera posible, a la oficina de extranjería competente para resolver la autorización de reagrupación.

En caso de que la Corporación Local no hubiera procedido a emitir el informe de arraigo social, lo que será acreditado con la copia de la solicitud realizada podrá justificarse este requisito mediante informe expedido por la Comunidad Autónoma competente, así como por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

3. a) El Foro propone eliminar el concepto “y conviva”, manteniendo exclusivamente “que el menor esté a cargo del progenitor que solicite la autorización”.



Motivación: Es importante reconocer el derecho del progenitor con independencia de que exista convivencia, atendiendo a situaciones de no convivencia de los progenitores siempre que se cumplan los deberes propios de la patria potestad.

De no aceptarse la supresión, el Foro propone la siguiente modificación:

Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que se acredite el vínculo familiar, el menor esté a cargo de o conviva con el progenitor que solicite la autorización.

Motivación: La necesidad de documentar a los ascendientes de españoles está reconocida por la Jurisprudencia de la Audiencia Nacional, que, entre otros extremos, ha teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que los padres de españoles no pueden ser expulsados. Según la mencionada jurisprudencia, la excepcionalidad de la circunstancia es precisamente el vínculo familiar con el menor español y por lo tanto, para acceder a dicha autorización, debe ser suficiente la acreditación del vínculo familiar.

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

Tal como está redactado el art. 122.3 a), la única diferencia con respecto al arraigo social es que exime el extranjero de la acreditación de los tres años previos de residencia cuando la excepcionalidad de la circunstancia requiere por sí sola la concesión de una autorización de residencia, sin necesidad de acreditar ningún otro requisito.

La acreditación de la convivencia con los menores y de que están a cargo debería requerirse cuando no se cumplen otros requisitos como por ejemplo, carecer de antecedentes penales. En estos casos si el extranjero acredita tener la guarda y custodia de menores españoles (por ejemplo por sentencia de divorcio) y que estos están efectivamente a su cargo, debería poderse valorar que la existencia de antecedentes penales en el sentido de que estos no sean obstáculo para la obtención de la autorización.

4. El Foro entiende que la posibilidad de que por Orden Ministerial se puedan modificar los requisitos del arraigo social genera inseguridad jurídica ya que, podría utilizarse como herramienta para regular de forma más restrictiva dicha figura jurídica.

Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones humanitarias

El actual artículo 31.3 de la Ley de extranjería no se limita a la referencia del arraigo, ampliando la posibilidad de conceder una residencia temporal a la concurrencia de razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales. El Foro propone que se haga referencia a un conjunto de situaciones previsibles que se están dando en la práctica, aunque debe quedar claro que no constituyen un numerus clausus.

Por ejemplo, según el artículo 25.4 de la Ley de Extranjería actual, que en este extremo no ha sido modificada por las últimas reformas, se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos de la propia Ley cuando existan razones índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. El problema es que, a pesar del mandato de desarrollar en el Reglamento la documentación a la que se podrá hacer entrega al extranjero, se han presenciado



numerosos problemas con estas personas que, en principio, no pudieron por diferentes motivos ser devueltas a sus países de origen y se las condena a una situación de irregularidad en un plazo muy breve. En opinión del Foro, parece evidente que, si concurren las mencionadas razones humanitarias excepcionales y se autoriza la entrada del extranjero en España, la consecuencia lógica de todo ello es el acceso a una residencia temporal; por ello, debería completarse la redacción con este caso concreto.

La propuesta de Reglamento recoge en el artículo 208 la situación de los indocumentados a los que se les concederá una cédula de inscripción. Al no poder regresar a su país de nacionalidad, sería recomendable que los que se hallasen en este supuesto se contemplen en este artículo como potenciales beneficiarios de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Se considera pertinente dar una nueva redacción al final del apartado.1

1. Siempre que haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que pueda deducirse la condición de víctima de tales delitos.”

Motivación.- Este apartado puede inducir a error. ¿qué se entiende por resolución finalizadora del proceso? ¿Resolución: auto o sentencia firme o definitiva? Asimismo, en el caso de que dicha resolución sea absolutoria para el procesado, ¿da derecho a este tipo de autorización? Hemos de tener en cuenta que en la jurisdicción penal el Juez no tiene obligación de declarar la “condición de víctimas de tales delitos”, por lo que en su caso habría que reformarse el Código penal al objeto de exigir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento expreso sobre la condición de víctima. Puede suceder que fruto de la falta de prueba se absuelva al imputado por estos delitos, si bien queda constancia de que la víctima sí que lo es,...

Creemos necesario otorgar una nueva redacción a este apartado para proporcionar mayor claridad al respecto y evitar la inseguridad jurídica que a la que esta redacción podría dar lugar.

El Foro propone la adición del siguiente párrafo:

La persona extranjera que se encuentre en la situación descrita en el párrafo anterior, podrá solicitar, ante la Oficina de Extranjería correspondiente, una autorización de residencia y trabajo, por sí misma o a través de representante, desde el momento en que se haya dictado resolución judicial a su favor en primera instancia.

Presentada la solicitud será concedida de oficio una autorización provisional de residencia y trabajo que tendrá eficacia desde el momento de su concesión hasta que se dicte resolución judicial firme.”

Motivación: El principio de protección justifica la adopción de medidas atendiendo a las características personales de la víctima, por lo que consideramos una especial garantía el permitir que hasta la resolución judicial firme la persona pueda residir y trabajar en España de forma provisional.

El Foro propone una modificación con la siguiente redacción:

2. A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. Así mismo, para acreditar la inaccesibilidad de la asistencia sanitaria en su país



de origen se podrá utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho, teniendo, en su caso, prevalencia los documentos emitidos por autoridades públicas”.

Motivación: Organizaciones especializadas en la atención sanitaria de población migrante, tan relevantes como Médicos del Mundo, advierten que la exigencia de un certificado médico que acredite que una enfermedad es “sobrevvenida” es, en la práctica, una prueba imposible ya que, la técnica médica actual, no puede certificar con exactitud el momento de la adquisición y por tanto los facultativos encuentran dificultades en emitir un certificado de que la enfermedad ha sido contraída después del momento de la entrada en España.

Se produce finalmente por tanto, la exigencia de una prueba cuasi imposible, a quién no esté ni en condiciones ni en circunstancias de poder aportarla

El Foro propone la adición de un nuevo apartado 4:

4. A los extranjeros que acrediten la prescripción de la sanción de expulsión que le haya sido impuesta o cuando, estando en situación de internamiento, se constate la imposibilidad de su ejecución o deban ser puestos en libertad por el transcurso del plazo máximo legal de sesenta días.

Motivación: El texto del borrador no hace mención alguna a los supuestos de los inmigrantes extracomunitarios con estancia irregular en España a los que se ha impuesto una sanción de expulsión que haya prescrito o cuya ejecución haya sido renunciada por la Administración por imposibilidad jurídica o material de hacerla efectiva. Del mismo modo, el Título XIV (arts. 213 a 256) del citado borrador, referido a las *“Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”*, tampoco hace mención alguna a la situación jurídica de estos inmigrantes.

Esta omisión consagra lo que se ha dado en denominar una “zona gris”. Es una situación de silencio arrastrada por la Ley Orgánica 4/2000, con sus sucesivas reformas y desarrollos reglamentarios. Es la penumbra de la existencia de inmigrantes en situación de estancia irregular en España que el Estado no puede expulsar y a los que tampoco quiere otorgar un permiso de residencia y trabajo. Son personas sometidas a un régimen de alegaldad migratoria que condena a la exclusión a la persona afectada y la coloca en una situación de extrema vulnerabilidad.

Esta zona gris, creada legislativamente de manera intencionada, viene siendo asumida en España con normalidad como una consecuencia de la imposibilidad de ejecución estricta de la legislación de extranjería. Sin embargo, el derecho comunitario es tajante al respecto: no caben estas zonas grises en las legislaciones nacionales. A los inmigrantes extracomunitarios a los que se les impone una sanción de expulsión o efectivamente se los expulsa o se los regulariza.

La justificación de esta propuesta, en los términos expuestos, es dar estricto cumplimiento a las obligaciones de trasposición del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre.

Artículo 125. Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público

Debería titularse “Autorización de residencia temporal por razones de colaboración con las autoridades públicas y seguridad nacional o interés público”.

Motivación. Por los argumentos apuntados en nuestras consideraciones previas y para ser consecuente con la titulación de los artículos previos que hace el borrador, donde no aparece la expresión “por circunstancias excepcionales”.



Artículo 126. Procedimiento

El Foro propone la siguiente redacción:

1. La autorización de residencia temporal considerada en este Capítulo, que no requerirá...

Motivación: El artículo 31.3 de la LOEX, dice que *“La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales”*.

Las situaciones de arraigo, las razones humanitarias y la colaboración con la justicia no son circunstancias excepcionales, sino supuestos tasados legalmente para acceder a una autorización de residencia.

El Foro propone las siguientes modificaciones:

1. a) Copia del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses, previa exhibición del documento original, o en su caso, resguardo de solicitud de renovación. En los términos fijados en la resolución del Ministro del Interior por la que se autorice la permanencia del interesado en España en los casos previstos en los artículos 37. b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, se podrá eximir de este requisito.

En todo caso se admitirá copia compulsada completa del pasaporte, sin necesidad de exhibición del documento original, siempre que cumpla el resto de los requisitos expresados en el párrafo anterior, cuando se haya adoptado sobre el interesado la medida cautelar del art. 61.1 c) de la Ley Orgánica 4/2000.

Motivación. Respecto al pasaporte, que se permita presentar solicitud de renovación de éste, aunque para la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero deba presentar el pasaporte en vigor renovado.

Debe consignarse la validez a todos los efectos de la fotocopia compulsada del pasaporte, cuando se haya adoptado la medida cautelar del art. 61.1 c) de la LOEX. Esta consignación expresa en el reglamento corregirá las diferentes interpretaciones de la administración a la hora de presentar arraigos, empadronamientos, abrir una cuenta corriente.

2. a) Debería recogerse, en el caso de los extranjeros que eran menores cuando entraron en España y que hayan permanecido en nuestro país durante los tres años anteriores a la solicitud, no se les requerirá aportar certificado de antecedentes penales de su país

Motivación. Al haber salido de sus países de origen siendo menores de edad, se entiende que no tienen antecedentes penales.

2. b) En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe emitido por la Comunidad Autónoma o Corporación Local, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios de vida con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción socio laborales y culturales. En el apartado 6, se propone la inclusión del supuesto de que el extranjero no cause alta en la Seguridad Social o lo



haga con un empleador o empresa diferente de la que ofreció el contrato de trabajo. Las consecuencias deberían ser similares a lo previsto para las autorizaciones de trabajo iniciales por cuenta ajena.

La autoridad que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios de vida suficientes, según la cuantía establecida para la obtención o renovación de residencia por reagrupación de los familiares. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 103.3 a), b), c), d) y e) de este Reglamento, se podrá alegar que los medios de vida derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

Motivación: Equiparación entre familiares a cargo en el país de origen que vayan a ser reagrupados y familiares a cargo en España, ya que la Ley 4/2000 permite la regularización a través de los familiares residentes, siempre y cuando se acrediten los demás requisitos legalmente exigidos

2 b) párrafo primero: “programas de inserción sociolaborales y culturales desarrolladas por entidades públicas o privadas debidamente acreditadas”

Motivación: El propio borrador reconoce que en el informe de integración aportado para la renovación de las autorizaciones de residencia y residencia y trabajo, se tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades públicas o privadas debidamente acreditadas. Por lo tanto, consideramos que también debería tenerse en cuenta la participación de las personas extranjeras en programas de inserción sociolaborales y culturales en entidades privadas para acreditar su arraigo social; máxime teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, las personas inmigrantes en situación irregular sólo pueden participar en programas de este tipo desarrollados por entidades sociales al negársele la admisión en los ofertados por las entidades públicas.

2 b) párrafo segundo: La autoridad que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios de vida suficientes. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 103.3 a), b), c), d) y e) de este Reglamento, se podrá alegar que los medios de vida derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

En el caso de tratarse de solicitud de arraigo social acreditando vínculos familiares con extranjeros residentes, para que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, se deberá acreditar que se cuenta con medios de vida suficientes propios o del familiar del que dependa, en su caso, de acuerdo con criterios establecidos para la reagrupación familiar.

Motivación. Necesidad de aclarar el procedimiento para el arraigo social, cuando se trate del supuesto de que el extranjero tenga vínculos familiares con otros extranjeros residentes. En este supuesto no será necesario presentar informe que acredite su integración social, pero debe establecerse el procedimiento que posibilite eximir al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre que acredite que cuenta con medios de vida suficientes.

Hasta ahora este extremo, de acuerdo con las Instrucciones de la DGI, también se acreditaba a través de informe del ayuntamiento, pero existe una disparidad de criterios observados en los informes de los distintos ayuntamientos, y entendemos que se debería aclarar que en el caso de



arraigo social con familiares, los medios económicos para eximir al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, pueden ser del solicitante o del familiar del que depende y da derecho a la solicitud de arraigo.

También creemos que no ha quedado claro y es necesario que se establezca, la regulación de este procedimiento de arraigo social, cuando de acuerdo con el art. 122.2 c), en caso de inacción de las Administraciones que pueden emitir el informe social, pueda justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

Se propone la siguiente adición:

2 c) En los supuestos de arraigo, para acreditar la permanencia continuada en España con cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

- Haber sido emitidos y/o registrados por una Administración Pública Española,
- Ser documentos originales o copias debidamente compulsadas, y
- Contener los datos de identificación del interesado.

Sin perjuicio de la presentación de otros documentos registrados o emitidos por los Ayuntamientos, la permanencia continuada en España se presumirá acreditada cuando así conste a través del padrón del municipio en el que el extranjero tenga su domicilio habitual.

Cuando se tuviera constancia de que el extranjero hubiera salido de España en los últimos tres años, no existirá impedimento para entender que la permanencia ha sido continuada siempre que las ausencias no hayan superado 120 días en dicho periodo de tiempo.”

Motivación: Para garantizar la seguridad jurídica y limitar la discrecionalidad de la Administración en la valoración de la permanencia continuada en España consideramos importante incluir este apartado en virtud de lo señalado en la Instrucción de la DIRECCIÓN General de Inmigración de junio 2005 sobre arraigo social.

CAPÍTULO II. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género

Artículo 129. Denuncia a favor de una mujer extranjera víctima de violencia de género

El Foro recomienda que no se incoe procedimiento de expulsión por estancia irregular a la mujer extranjera que acuda a denunciar a su agresor ante las autoridades.

Motivación: Estando en trámite parlamentario esta medida valoramos que, en todo caso y hasta que se apruebe, se incoe la sanción menos grave por el carácter desincentivador de la medida.

Artículo 131. Autorización provisional de residencia temporal y trabajo de la mujer extranjera víctima de la violencia de género

El Foro propone la siguiente adición:



1. La concesión de la autorización provisional de residencia y trabajo derivada de lo previsto en este capítulo será objeto de tramitación preferente. El plazo máximo para la resolución y notificación será de veinte días desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su resolución.

Motivación: La especial situación de vulnerabilidad de este colectivo exige asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto, en virtud de lo establecido como principios rectores de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

3. En el artículo 131.3, al referirse a la autorización provisional señala que “tendrá eficacia desde el momento de su concesión” pero no establece un plazo. Sería interesante que se pusiera un plazo de 20 días máximo (igual que se establece en la definitiva).

CAPÍTULO III. Residencia por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas

Artículo 133. Exención de responsabilidad

El Foro solicita redactar el apartado 1 del siguiente modo:

1. De conformidad con el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, siempre y cuando no sea de aplicación el artículo 59 bis de la misma, la autoridad con la que esté colaborando un extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, remitirá informe sobre dicha colaboración al órgano administrativo competente para la instrucción del expediente sancionador, a los efectos de que pueda proponer al Delegado o Subdelegado competente la exención de responsabilidad de éste en relación con la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Motivación: La delimitación del ámbito de aplicación de este artículo se solapa con la definición de trata de seres humanos ya que incluye figuras propias de esta última y a la que es de aplicación el régimen previsto para la trata en los artículos de desarrollo reglamentario del Art. 59 bis.

Artículo 134. Autorización de residencia y trabajo

4. En el artículo 134.4 en relación a la autorización provisional, no se establece cuando se notifica, ni determina un plazo para la concesión. Debería establecerse para que la autorización tenga sentido y no se dilate la remisión de la solicitud en el tiempo.

En relación con mujeres víctimas de violencia de género y que tengan ya residencia por circunstancias excepcionales antes de la entrada en vigor del Reglamento. ¿Podrán acceder la nueva residencia de 5 años? Esto es importante en los casos de mujeres



víctimas con órdenes de alejamiento próximas a decaer y que a lo mejor en el momento de renovar no tienen ni contrato ni oferta de empleo...

8. En relación al artículo 134.8 el Foro solicita la modificación del mismo y en consecuencia que tenga la siguiente redacción:

“La denegación de la autorización de residencia y trabajo, que será notificada al interesado a través de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que hubiera declarado la exención de responsabilidad, supondrá la pérdida de vigencia de la autorización provisional que se hubiera podido conceder, con necesidad de pronunciamiento administrativo expreso. En este caso, la titularidad de la autorización provisional no podrá ser alegada de cara a la obtención de la condición de residente de larga duración.”

Motivación: Creemos necesario que se realice por la administración un pronunciamiento expreso para garantizar los derechos de la persona que regula este precepto y al objeto de que en su caso pueda impugnar la resolución administrativa que acuerde la denegación. El modo en que se expresa puede producir vulneración de derechos

Artículo 135. Retorno asistido al país de procedencia del extranjero

El Foro propone la siguiente adición.

4. El extranjero que se acoja a este retorno, podrá solicitar su autorización de residencia y trabajo en España en cualquier momento, como beneficiario de la disposición recogida en el artículo 40.1.l) de la LOEX. La situación de residencia temporal del extranjero se entenderá continuada, a los efectos de acceso a la situación de residencia de larga duración, sin bien dicho cómputo no incluirá el tiempo transcurrido desde el retorno voluntario del extranjero a su país de origen o país de anterior residencia, hasta la concesión de la nueva autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo.

Motivación: Cumplir con la previsión reglamentaria del artículo 118.1.a)

CAPÍTULO IV. Residencia temporal y trabajo de extranjeros víctimas de la trata de seres humanos.

Debería incluir la expresión “**por circunstancias excepcionales**”

Motivación: Cumplir con la previsión LEGAL artículo 59 bis. 4.

Artículo 137 y siguientes

Introducción de un artículo con la definición de trata de seres humanos, tal y como se define en el Art. 3 del Protocolo de Palermo de Naciones Unidas, de 15 de Noviembre de 2000, definición a su vez reproducida en el Art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de Mayo de 2005.



Motivación: No se define la trata de seres humanos, ni por remisión a los Tratados Internacionales. Necesidad de reproducir la definición de Naciones Unidas ya que hay coincidencia de figuras con las enumeradas en el Art. 133, del Capítulo que disciplina la Residencia por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas

Artículo 137. Coordinación de las actuaciones

Párrafo primero: introducir un inciso al final:

“y cuya aprobación se hará en el plazo máximo de 6 meses desde la entrada en vigor del presente Reglamento”.

Motivación. Consideramos adecuado proponer un plazo para la adopción del Protocolo Marco, para que dicha adopción no se prolongue de manera excesiva.

Párrafo segundo: Se propone que en el citado Protocolo se recoja el ámbito y forma de participación de las ONGs, fundaciones u otras asociaciones de carácter no lucrativo, que no necesariamente estén especializadas en la acogida y protección de víctimas de trata, pero que pueden igualmente prestar asistencia a las víctimas.

Motivación: El Artículo 35 – Cooperación con la sociedad civil del Convenio de Varsovia establece que “Las Partes contratantes incitarán a las autoridades del Estado, así como a los agentes públicos, a cooperar con las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y los miembros de la sociedad civil, con el fin de poner en marcha proyectos de cooperación estratégica dirigidos a alcanzar los fines del presente Convenio”, sin limitar dicha cooperación a aquellas organizaciones especializadas en acogida y/o protección de las víctimas de trata.

Artículo 138. Identificación de las potenciales víctimas no comunitarias de trata de seres humanos

El Foro propone suprimir la expresión :

2. párrafo 2º “en la medida en que sea posible”, quedando la redacción del segundo párrafo del artículo 138.2 *“La entrevista personal se realizará en condiciones adecuadas al sexo y a las circunstancias personales de la posible víctima, asegurando la ausencia de personas del entorno de los explotadores y, con la prestación del debido apoyo jurídico, psicológico y asistencial.”*

Motivación: La especial vulnerabilidad de este colectivo exige, tal y como dispone la Directiva relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección a las víctimas de 14 de diciembre de 2010 que se les preste “asistencia y apoyo antes de que empiece el procedimiento penal, en el transcurso del mismo y durante un periodo suficiente después de finalizado. Los Estados miembros deben proveer recursos para respaldar la asistencia, el apoyo y la protección a la víctima. La asistencia y el apoyo prestado deben incluir al menos un conjunto mínimo de medidas necesarias para permitir a la víctima recuperarse y escapar a las personas implicadas en la trata”. Entendemos que incluir “en la medida de lo posible” impedirá cumplir con el deber de garantizar el apoyo y protección que se requiere en estos casos.



Artículo 139. Periodo de restablecimiento y reflexión

Introducir un inciso en el **apartado primero**:

1. El periodo de restablecimiento y reflexión tendrá como finalidad que el extranjero pueda restablecerse, escapar de la influencia de los tratantes y tomar una decisión informada sobre si desea colaborar o no con las autoridades competentes para la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal.

Motivación. Resultaría adecuado que la regulación del periodo de restablecimiento estableciese entre sus finalidades permitir a la víctima de trata escapar física y psicológicamente de la influencia de los tratantes y tomar una decisión meditada y sopesada sobre si colaborar o no con las autoridades en la investigación y persecución de los autores del delito.

Introducir un inciso en el **apartado segundo**:

2. El Delegado o Subdelegado competente resolverá sobre la propuesta de concesión del periodo de restablecimiento y reflexión y sobre su duración en el plazo máximo de cinco días. La propuesta de concesión incluirá tanto la valoración de las autoridades policiales como una valoración de carácter social y de salud.

Motivación .Se considera esencial que la decisión sobre la concesión o no y sobre la duración/extensión del periodo de reflexión sea tomada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno no sólo a través de la valoración por parte de las autoridades policiales, sino también a través de una valoración previa de carácter social y de salud que permita tener una visión integral sobre la situación de la (presunta) víctima y sus necesidades.

3. Adición “in fine”:

De no ser favorable la resolución, debidamente motivada, deberá indicar los recursos que puedan interponerse contra ella, el plazo para hacerlo y la autoridad ante la que deban formalizarse, así como su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes.

Motivación: Evitar la indefensión del interesado ante la resolución desfavorable de la Administración.

Artículo 140. Exención de responsabilidad

Introducir un inciso en el apartado primero con el siguiente texto:

1. Cuando estime que existen indicios razonables de presunta víctima de trata de seres humanos el Delegado o Subdelegado competente la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Expirado el periodo de reflexión o con anterioridad, la autoridad con la que la víctima de trata de seres humanos estuviera colaborando en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal, podrá proponer al Delegado o Subdelegado competente (si es competente el Subdelegado o Delegado del Gobierno que ha acordado el periodo de reflexión, como se deduce del apartado segundo del art.



140.2, debería especificarse) la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Sin perjuicio de lo anterior, y en atención exclusivamente a la situación personal de la víctima, el Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá determinar de oficio o a instancia de parte la exención de responsabilidad.

Motivación: Debe quedar absolutamente claro y no dar lugar a duda interpretativa, que la exención de la responsabilidad no está condicionada a la colaboración de la víctima.

Artículo 141. Autorización de residencia y trabajo

El Foro propone la siguiente modificación en el párrafo primero:

1. Una vez resuelto si procede o no la exención de responsabilidad, la autoridad que hubiera dictado la resolución en tal sentido informará al extranjero de la posibilidad que le asiste de presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, dirigida al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad o de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en función de que la motivación resida, respectivamente, en la colaboración de la víctima en la investigación del delito o en su situación personal.

Motivación: Establece el apartado d) de la Disposición Adicional Cuarta de la LO 4/2000, que no es causa de inadmisión a trámite la existencia de un procedimiento administrativo sancionador en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado la expulsión, cuando el interesado se halle en el supuesto regulado en el Art. 59 bis. En aplicación de dicha disposición no debe vincularse, como hace el Art. 141.1, la posibilidad de solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales ex Art. 59 bis a la decisión que haya tomado la Subdelegación o Delegación del Gobierno competente sobre la exención de la responsabilidad ex Art. 140 del Borrador, ya que quien resuelve sobre la solicitud de autorización de residencia y trabajo presentada ex Art. 59 bis no es la Subdelegación o Delegación del Gobierno sino la Secretaría de Estado. Por lo tanto, a pesar de que se haya determinado que no procede la exención de responsabilidad, habrá de informarse a la persona extranjera sobre la posibilidad de solicitar autorización de residencia y trabajo ex Art. 59 bis.

Interpretación ésta confirmada de la lectura del apartado 4 del Art. 141 en el que se configura a la Subdelegación o Delegación simplemente como organismo remitente de la solicitud, remisión que podrá acompañar o no de informe favorable (debería estar obligada a emitir informe favorable en el caso que haya decidido por la exención de responsabilidad).

Dicho de otro modo, el Art. 14 del Convenio de Varsovia vincula la expedición de un permiso de residencia a la cooperación de la víctima o a la situación personal de ésta. Competente para decidir sobre la expedición de dicha autorización, y por lo tanto a valorar en última instancia la concurrencia de esos extremos son, ex Art. 141, la Secretarías de Estado y no la Subdelegaciones. Estas últimas, una vez concedido el periodo de reflexión, deciden si procede o no la exención de responsabilidad. Si deciden que no procede la exención de responsabilidad condicionarán obviamente en sentido desfavorable la resolución sobre la concesión de la autorización de residencia y trabajo ex Art. 59 bis, pero la no exención no puede ser obstáculo a que la solicitud se presente y sea resuelta por la Autoridad competente.

El Foro propone la siguiente modificación:

2. a) Copia del pasaporte completo, o título de viaje, en vigor, del extranjero. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción, en vigor, o de solicitud de



cédula de inscripción.

Motivación: El Art. 208.9 del borrador permite la presentación simultánea de la solicitud de una autorización por circunstancias excepcionales y de la solicitud de cédula de inscripción.

El Foro propone la siguiente adición con el siguiente texto:

2. c) Igualmente podrán aportarse para su consideración, otros documentos acreditativos de la situación personal, así como los informes de las autoridades autonómicas o municipales competentes en materia de asistencia social y de organizaciones dedicadas a la asistencia y/o protección de las víctimas de trata de seres humanos.

Artículo 142. Retorno asistido al país de procedencia

Se propone la siguiente adición:

4. El extranjero que se acoja a este retorno, podrá solicitar su autorización de residencia y trabajo en España en cualquier momento, como beneficiario de la disposición recogida en el artículo 40.1.1) de la LOEx. La situación de residencia temporal del extranjero se entenderá continuada, a los efectos de acceso a la situación de residencia de larga duración, sin bien dicho cómputo no incluirá el tiempo transcurrido desde el retorno voluntario del extranjero a su país de origen o país de anterior residencia, hasta la concesión de la nueva autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo.

Motivación: Cumplir con la previsión reglamentaria del artículo 118.1.a)

Artículo 143. Extranjeros menores de edad víctimas de trata de seres humanos

Se propone la siguiente adición al apartado 2:

2. En caso de incertidumbre en cuanto a la edad de la víctima, y cuando existan razones para creer que se trate de un menor, se presumirá que es menor y se le aplicarán medidas de protección especiales hasta que pueda verificarse su edad.

Motivación: Así lo establece el Art. 10.3 del Convenio de Varsovia.



TÍTULO VI. RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN

En líneas generales el título VI desarrolla con suficientes garantías y en coherencia con la Ley y las directivas que ésta transpone, el estatus de residencia de larga duración en sus distintas modalidades.

Vamos a destacar únicamente los artículos en los que, a juicio del Foro, son merecedores de otros puntos de vista.

CAPÍTULO I. Residencia de larga duración

Artículo 145. Supuestos

Se propone añadir el siguiente párrafo:

1. También tendrán derecho a obtener autorización de residencia de larga duración los beneficiarios de protección subsidiaria conforme al artículo 36.1 de la L 12/09 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo.

Motivación: Se debe incluir a los beneficiarios de protección internacional subsidiaria conforme al artículo 36.1 de la Ley de asilo, entre los supuestos de derecho a la autorización de residencia de larga duración.

Se propone la siguiente modificación:

2. La continuidad a que se refiere el apartado anterior no quedará afectada por ausencias del territorio nacional de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de estas no supere el total de diez meses dentro de los cinco años referidos en el apartado 1, y que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera regular.

En caso de ausencias por motivos laborales, en cualquiera de los supuestos del apartado uno de este artículo, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio nacional de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de estas no supere el total de dieciocho meses dentro de los cinco años requeridos.

El Foro solicita la siguiente adición:

Se considerará excepcionalmente que el plazo de un año ininterrumpido de ausencia del territorio de la UE a que se refiere el art. 32.5,c) de la Ley Orgánica 4/2000, puede rebasarse en los casos, debidamente justificados, de fuerza mayor que impidan el regreso con antelación.

Motivación: Es confusa la redacción de la última frase del primer párrafo del numeral: “*salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular*”, por lo que se propone una mejora de redacción en los términos más precisos “*siempre que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de forma regular*”.

El artículo recoge de forma admisible el contenido de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, cuyo numeral 6 legitima la posibilidad de una cierta flexibilidad en las circunstancias por las que una persona se haya podido ver compelida a salir del territorio de forma temporal,



pueda obtener, a pesar de ello, la autorización de larga duración por transcurso de los cinco años de estancia ininterrumpida.

Como ya indicó el Foro en su dictamen FISI 2009/01 relativo al anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, existen períodos de ausencia del territorio del estado miembro que no interrumpen el período de estancia necesario para obtener permiso de larga duración. La propia directiva establece un período mínimo de obligado cumplimiento (seis meses ininterrumpidos siempre que el cómputo total en el plazo de los cinco años de residencia ininterrumpida no supere los nueve meses), si bien señala que los estados pueden establecer en el caso de existir razones específicas o excepcionales de carácter temporal, períodos de ausencia más prolongados (que no cuantifica) como tope máximo.

El Reglamento ha arbitrado tres diferentes supuestos coherentes con la directiva referida en los que, en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo de salida será de hasta seis meses ininterrumpidos con cómputo total máximo de diez meses en el período de los cinco años (supuesto ordinario); de hasta seis meses ininterrumpidos con máximo de una anualidad en el cómputo de los cinco años (salidas fuera de la unión europea por motivos laborales) y de hasta doce meses con cómputo total de dieciocho en el plazo de los cinco años (motivos laborales de residentes con tarjeta azul UE).

En ninguno de los dos supuestos se entra en contradicción con lo dispuesto en el art. 32.5 c) de la Ley Orgánica, que lo que viene a impedir es la ausencia del territorio nacional por más de un año ininterrumpido (situación esta última que también cuenta con la excepción regulada adecuadamente en el art. 159 e) último párrafo del reglamento, para cooperantes y otras circunstancias excepcionales), por lo que ninguno de los dos supuestos supone una excepción a dicho artículo, que en todo caso sería admisible en el supuesto, por ejemplo, de que ese cómputo de más de un año ininterrumpido d ausencia de la UE se debiera a casos de fuerza mayor debidamente justificados.

Esta última diferenciación, que autoriza a un mayor período de ausencia ininterrumpida (hasta un año con cómputo total no superior a dieciocho meses) para aquellos titulares de tarjeta azul de la UE que han permanecido un total de cinco años en la UE, de los cuales los dos últimos lo sean en España, no parece, sin embargo, justificada por la sola existencia de la tarjeta azul de la UE. En este caso, si la motivación de las ausencias es de índole laboral, parece más oportuno equiparar los períodos de ausencia, se cuente o no con la tarjeta azul UE, por lo que se propone la modificación del numeral en los siguientes términos.

Se propone la siguiente modificación:

3. La autorización de residencia de larga duración también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos:

- b) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.
- e) Quienes al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

El Foro propone la siguiente adición como supuesto de concesión de autorización de residencia de larga duración en el apartado 3 del artículo 145:

- Cuando se trate de residentes por reagrupación familiar, al agotar la vigencia de su autorización inicial, siempre y cuando hubiesen sido reagrupados por el titular de una residencia de larga duración.



Motivación: Se trata de un supuesto que consta recogido en el artículo 58.3 “in fine” del Borrador y que razones de técnica legislativa debería contemplarse también en la relación de supuestos de excepción al requisito genérico de acceso a la residencia de larga duración.

El plazo para la presentación de la solicitud al que se hace referencia debe ser idéntico al establecido en los supuestos de solicitud de renovación de las diferentes autorizaciones previstas en el Borrador: 60 días antes de la caducidad de la autorización de residencia o dentro de los 90 días (y no 60) posteriores a dicha fecha.

No obstante lo anterior, debe considerarse también la posibilidad, en el supuesto de que el extranjero se halle residiendo legalmente en España, que cumpla los requisitos de acceso a la residencia de larga duración con anterioridad a dichos plazos, razón por la cual debe tenerse en cuenta también en la redacción de la adición propuesta en este punto del Dictamen.

“La solicitud de la autorización de residencia de larga duración deberá formularse durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de dicha autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los 90 días naturales posteriores a la fecha a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la sanción en la que se hubiese incurrido. También podrá formularse la antedicha solicitud en cualquier momento durante la vigencia de la autorización de residencia temporal siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en este artículo para la concesión de la residencia de larga duración.”

Se propone añadir una letra h) con el siguiente texto: Otros supuestos debidamente justificados basados en causas humanitarias o interés general.

Motivación: Se recogen los diversos supuestos en los que, con arreglo al mandato de desarrollo reglamentario que efectúa el artículo 32.4 de la ley orgánica, se puede obtener la autorización de larga duración, estableciéndose los mismos supuestos articulados en el artículo 72 del reglamento actualmente vigente.

Proponemos mantener la redacción actual recogida en el art. 72.3 e) del RELOEX, que no exige contar con autorización de residencia previa para poder acceder a la autorización de residencia permanente en este supuesto. Entendemos que en ningún caso la inacción de las Administraciones públicas competentes para iniciar o solicitar la autorización de residencia del menor, debe perjudicar a éste.

Además creemos que esta redacción sería más acorde con el art. 35.7 de la LOEX, que establece que *“Se considerará regular a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública, o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancias del organismo que ejerza la tutela*

En orden a los supuestos que desarrolla, sería aconsejable abrir la norma a otros casos abiertos de protección por razones de interés general, solidaridad o de índole humanitaria, así como al supuesto específico de las situaciones de incapacidad permanente en su modalidad no contributiva, que afectan fundamentalmente a las personas discapacitadas con mayores necesidades de apoyo.

Artículo 146. Procedimiento

Se propone la siguiente modificación:

1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español y se hallen en alguno de los supuestos recogidos en el artículo anterior deberán dirigir su solicitud, en modelo oficial,



a la Oficina de Extranjería de la provincia donde residan o, en el caso de que no se requiera la condición previa de residente en España, donde deseen fijar su residencia.

La solicitud de la autorización de residencia de larga duración deberá formularse durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de dicha autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los 90 días naturales posteriores a la fecha a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la sanción en la que se hubiese incurrido. También podrá formularse la antedicha solicitud en cualquier momento durante la vigencia de la autorización de residencia temporal siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en este artículo para la concesión de la residencia de larga duración.”

Motivación: El plazo para la presentación de la solicitud al que se hace referencia debe ser idéntico al establecido en los supuestos de solicitud de renovación de las diferentes autorizaciones previstas en el Borrador: 60 días antes de la caducidad de la autorización de residencia o dentro de los 90 días (y no 60) posteriores a dicha fecha.

No obstante lo anterior, debe considerarse también la posibilidad, en el supuesto de que el extranjero se halle residiendo legalmente en España, que cumpla los requisitos de acceso a la residencia de larga duración con anterioridad a dichos plazos, razón por la cual debe tenerse en cuenta también en la redacción de la adición propuesta en este punto del Dictamen.

El Foro propone añadir como documento identificativo alternativo: Copia de la Cédula de Inscripción.

Motivación: No se ha tenido en cuenta la posibilidad de que el solicitante esté documentado conforme lo previsto en el Capítulo III, del Título XIII de este borrador

Los extranjeros que no se encuentren en territorio nacional deberán presentar personalmente la solicitud ante la oficina diplomática o consular en cuya demarcación residan, que dará traslado a la Oficina de Extranjería competente para su resolución.

El Foro propone las siguientes modificaciones:

2. Las letras a) y f del apartado 2 deberán modificarse a los efectos de establecer la exención necesaria en los casos de beneficiarios de protección subsidiaria conforme al art. 36 de la citada ley de asilo

a) Copia del pasaporte completo en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, previa exhibición del documento original, excepto en el supuesto de apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España o de beneficiarios de protección subsidiaria conforme a la legislación de asilo vigente, que no requerirán la presentación de este documento.

El Foro propone añadir como documento identificativo alternativo: Copia de la Cédula de Inscripción.

Motivación: No se ha tenido en cuenta la posibilidad de que el solicitante esté documentado conforme lo previsto en el Capítulo III, del Título XIII de este Borrador



- b) Impreso acreditativo del abono de la tasa por tramitación del procedimiento, salvo en los casos de personas iberoamericanas, filipinas, andorranas, ecuatoguineanas, los sefardíes, los hijos y nietos de español o española de origen, y los extranjeros nacidos en España cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, en lo que, con arreglo al art. 47 de la L.O. 4/2000, se encuentren exentos de ésta, en los que se hará constar la exención subjetiva en el propio impreso.

El Foro propone la siguiente adición al final del párrafo:

- c) En caso de solicitudes fundamentadas en períodos de residencia previos, informe emitido por las autoridades competentes, que acredite la escolarización de los menores a su cargo, en edad de escolarización obligatoria, a los efectos establecidos en la normativa específica, si bien no tendrá consecuencias de denegación de la renovación.

Motivación: en coherencia con lo expresado en este dictamen

- f) En su caso, certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español. (Añadir) De este requisito estarán exentos los apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España o de beneficiarios de protección subsidiaria conforme a la legislación de asilo vigente, que no requerirán la presentación de este documento.

4. En el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la solicitud, la autoridad competente resolverá. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la resolución es favorable.

Debería considerarse el supuesto de un titular de autorización de residencia temporal que formulase la solicitud de residencia de larga duración y, aunque cumpliendo el requisito de tiempo previo de residencia legal, no cumpliera el requisito de continuidad expresado en la norma pero, a su vez, no hubiese incurrido en un supuesto de extinción de su derecho de residencia.

En este caso, debería establecerse en el Reglamento que, sin perjuicio de que en la resolución se hiciese constar el precitado motivo de denegación (y la posibilidad de recurrir contra dicha resolución), se tramitará la correspondiente autorización de residencia temporal requiriendo al interesado para que aportase la documentación necesaria para resolver lo atinente al supuesto de que se trate.

Motivación. De acuerdo con la Disposición Adicional Primera de la LOEX, redactada conforme a la Ley Orgánica 2/2009.

Entendemos que tal y como se recoge en actual artículo 73.6 del RELOEX vigente, es importante que el procedimiento refleje cual es el resultado de que la administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas.

La redacción de la propuesta enmendada, es confusa y no se corresponde con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la LOEX, comentada.



Motivación: Se establece un procedimiento muy similar al actualmente vigente y al que se viene aplicando en la práctica a partir de las instrucciones emitidas por la Dirección General de Inmigración, si bien el reglamento explicita que la solicitud deberá presentarse ante la oficina de extranjería provincial en que residan o, caso de que no se requiera la previa residencia en España, en la del lugar donde pretendan fijar su residencia y en los casos de residentes fuera de España, mediante presentación personal en la correspondiente oficina diplomática o consular. El procedimiento goza de claridad y sencillez, por lo que se considera adecuado.

En cuanto al abono de tasas el foro quiere advertir que, conforme al artículo 47 de la Ley Orgánica, los ciudadanos iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, los sefardíes, los hijos y nietos de español o española de origen, y los extranjeros nacidos en España cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia están exentos de las tasas correspondientes que señala dicho artículo, por lo que sería aconsejable que la norma reglamentaria estableciera la exención de estos ciudadanos y arbitrara la medida para que, en esos casos, la declaración de exención de dicha tasa obrara ya en el propio expediente de forma suficiente.

En congruencia con otros procedimientos de solicitud, se debería señalar explícitamente que el plazo de solicitud de esta autorización será los sesenta días anteriores al vencimiento de la anterior tarjeta o los noventa días posteriores a éste, manteniendo la tarjeta previa su vigencia hasta la resolución del expediente.

Artículo 147. Renovación de la tarjeta de identidad de extranjero de los residentes de larga duración

El Foro solicita la siguiente modificación:

4. **b)** Impreso acreditativo del abono de la tasa por tramitación del procedimiento, salvo en los casos de personas iberoamericanas, filipinas, andorranas, ecuatoguineanas, los sefardíes, los hijos y nietos de español o española de origen, y los extranjeros nacidos en España cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, en lo que, con arreglo al artículo 47 de la Ley Orgánica 4/2000, se encuentren exentos de ésta, en los que se hará constar la exención subjetiva en el propio impreso.

Motivación. El Foro considera adecuado el procedimiento de renovación expuesto, si bien debería, en coherencia con el expositivo anterior, establecer la exención de tasas referida en el art. 47 de la LO 4/2000.

CAPÍTULO II. Residencia de larga duración-UE

COMENTARIO

El Foro entiende que la directiva 2003/109/CE ha sido adecuadamente transpuesta en este capítulo, habiéndose seguido la práctica habida hasta la fecha en consonancia con la Instrucción de la DGI/SGRJ/09/2009 de 14 de diciembre de 2009.

El Foro se felicita de la amplitud con que el artículo 32.3 de la Ley Orgánica 4/2000 arbitra la concesión de autorizaciones de larga duración a residentes con dicha cualidad en otros estados miembros de la UE, ampliándose más allá del desarrollo de una actividad económica a otros fines más allá de los de actividad económica por cuenta propia o ajena.



Al mencionar el procedimiento establecido para la solicitud de la residencia de larga duración-UE, debería añadirse expresamente en el artículo 150.2.a) del Borrador, como documento identificativo alternativo: Copia de la Cédula de Inscripción.

No se ha tenido en cuenta la posibilidad de que el solicitante esté documentado conforme lo previsto en el Capítulo III, del Título XIII de este Borrador.

Vale también lo antedicho para el supuesto de la renovación de la tarjeta de identidad correspondiente (artículo 151.4.a).

Debería suprimirse el apartado c) del artículo 147.4 del Borrador o, en su caso, añadirse idéntico al 151.4.

Igualmente se recogen los requisitos tanto legales como de la directiva antes señalada de la Comisión sobre renovación de tarjeta de larga duración UE.

ARTICULO 150. Procedimiento

Se propone la siguiente modificación:

4. En el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la solicitud, la autoridad competente resolverá. Transcurrido dicho plazo sin que la administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la resolución es favorable

Motivación: Se considera adecuado introducir los efectos del silencio en las solicitudes

CAPÍTULO III. Movilidad del residente de larga duración-UE en otro Estado miembro

El Foro entiende que la regulación reglamentaria de la movilidad del residente de larga duración UE en otro estado miembro ha sido articulada de forma satisfactoria.

Artículo 152. Residencia de larga duración en España del residente de larga duración-UE en otro Estado miembro de la Unión Europea

Se propone la siguiente modificación:

3. d) 1º. En caso de que la motivación sea residir en España sin desarrollar actividades lucrativas: documentación sobre medios económicos y alojamiento, exigibles para residir en España sin realizar actividades lucrativas. Los términos y las cuantías para valorar el cumplimiento de este requisito serán los previstos en materia de reagrupación familiar.

Artículo 153. Residencia de larga duración en España de la familia del residente de larga duración UE en otro Estado miembro de la Unión Europea.

El Foro propone la siguiente adición:

9. La residencia de los familiares reagrupados, independiente de la de la persona reagrupante así como la reagrupación familiar por las personas residentes reagrupadas se regirán por lo establecido en el Capítulo II Título IV del presente reglamento



Motivación: Regular, por equiparación con los familiares reagrupados procedentes de terceros países, el derecho de las personas reagrupadas a obtener una autorización independiente de la del reagrupante y reagrupar a sus propios familiares

CAPÍTULO IV. Recuperación de la titularidad de una residencia de larga duración o de una residencia de larga duración-UE

Del mismo modo se ha regulado de forma adecuada y coherente con la Ley y con la directiva 2003/109/CE del Consejo lo relativo a la recuperación de la titularidad de la residencia de larga duración o de residencia de larga duración UE.



TÍTULO VII. EXTINCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA O DE RESIDENCIA Y TRABAJO

El título introduce novedades respecto del reglamento vigente (RD 2393/2004) al incorporar de forma diferenciada, si bien con requisitos y procedimientos análogos, la extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo para investigación, para los profesionales altamente cualificados, y en el caso de víctimas de trata de seres humanos.

Del mismo modo, es novedosa la redacción del régimen de extinción de las autorizaciones de larga duración, que se adecuan a lo dispuesto en el art. 32.5 de la Ley Orgánica y de las directivas que transpone.

Respecto a los supuestos generales de extinción de las autorizaciones temporales de residencia y trabajo, en líneas generales se mantiene el régimen vigente hasta este momento. El Foro considera adecuado que el Reglamento, como hace, explicita (Art. 159.1.a del borrador) que cuando se solicita en plazo la renovación de la autorización, y hasta la resolución del procedimiento de renovación, la tarjeta quede prorrogada, sin perder por tanto su vigencia.

Sin embargo, debido a que se han dado supuestos en los que la presentación de la solicitud de renovación de la tarjeta de residencia de larga duración se ha efectuado por los interesados con anterioridad al plazo de dos meses previos a la caducidad de la misma, habiéndose dictado resolución con posterioridad a los cinco meses (dos antes y tres posteriores) desestimatoria por considerar presentada fuera de plazo la solicitud, a fin de evitar un formalismo excesivo, se recomienda que la norma establezca que “la administración resolverá favorablemente cuando, cumplidos los restantes requisitos, a **la fecha de resolución**, a la administración le conste que se han cumplido los cinco años exigidos”

Igualmente aparece como un avance la supresión del numeral 2.a del artículo 75 del Reglamento vigente, que permitía la revocación mediante resolución motivada cuando el extranjero dejaba de disponer de recursos económicos, de asistencia sanitaria o de vivienda adecuada.

En cuanto a la extinción de las autorizaciones de larga duración, se han recogido en términos satisfactorios lo dispuesto en el art. 32.5 de la Ley y de forma compatible con la Directiva 2003/109 ya reseñada. El Foro señala que resulta muy oportuna la excepción al límite de 12 meses de ausencia de Europa de los titulares de una autorización de residencia temporal y trabajo vinculados mediante una relación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, inscritas en el registro general correspondiente y reconocidas oficialmente de utilidad pública como cooperantes, y que realicen para aquéllas proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero.

Sin embargo, a nuestro criterio debería haberse arbitrado de forma específica en este apartado el sistema de garantías a que se refiere el artículo 10 y 12 de la referida directiva a fin de garantizar:

La motivación y recurribilidad de las resoluciones denegatorias del estatuto de residente de larga duración o de la retirada de dicha condición

La inexpulsabilidad de los residentes de larga duración por motivos económicos



Que sean tenidos en cuenta, antes de la adopción de la decisión de expulsión, las circunstancias personal y familiares del residente de larga duración y la existencia o inexistencia de vínculos a que dicha norma se refiere

La garantía de uso de los recursos judiciales y de derecho a la defensa.

Los supuestos arbitrados en este título se consideran adecuados con las salvedades ya referidas.

Artículo 159. Extinción de la autorización de residencia temporal

El Foro propone las siguientes modificaciones:

2. La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución suficientemente motivada de la autoridad competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias.

- a) Cuando el extranjero obtenga nacionalidad española y otra nacionalidad comunitaria, sin perjuicio de que pueda adquirir otra autorización de residencia en atención a las nuevas circunstancias.

Motivación: En el Reglamento vigente se prescribe siempre la resolución motivada en todos los actos de la administración, como exige la Ley administrativa general. El borrador hace desaparecer la referencia explícita a esta motivación, lo cual es más significativo cuando, como ocurre en este caso, se trata de una resolución revocatoria de derechos ya reconocidos, lo que nos obligaría a una precisión y un mayor garantismo.

Artículo 162. Extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo de víctimas de trata de seres humanos.

Se propone:

- Suprimir las letras b y c.
- Modificar el numeral d): Cuando aún siendo fundadamente imprescindible su titular deje voluntariamente de cooperar sin que medie causa alguna de fuerza mayor.

Motivación: El artículo 162 necesita pequeños retoques para evitar redundancias innecesarias, cual es el caso de su apartado b) el cual es precisamente el supuesto objetivo del apartado d) del mismo artículo: Si las circunstancias de la concesión son, precisamente, la cooperación con la autoridad, es obvio que cuando esta situación desaparece (ordinal d) se da el supuesto necesario, con lo que es redundante el apartado b).

En cuanto al apartado c) En la definición de trata que dan el Art. 3 del Protocolo de Palermo de Naciones Unidas y el Art. 4 c) del Convenio de Varsovia, el consentimiento de la víctima de la trata de seres humanos a la explotación pretendida será irrelevante cuando se utilicen los medios coercitivos a los que hace referencia el mismo artículo. En el caso de una víctima de trata, por su situación de especial vulnerabilidad, en especial psicológica, la apreciación de la voluntariedad y de la iniciativa propia supone un procedimiento análogo a la identificación de la víctima, que debería de tener las mismas garantías que éste, previstas en el Art. 138 del borrador



Artículo 163. Extinción de la autorización de residencia de larga duración

Se propone la siguiente adición de un apartado 3:

3. Estarán exentos de la extinción a que se refiere el presente artículo las residencias concedidas en el marco de la protección internacional, el asilo y la protección subsidiarias, que se registrarán por lo dispuesto en los arts. 42 y 55 de la Ley de asilo.

Motivación: En aplicación de los arts. 42 y 55 de la Ley 12/09 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo, se deben exceptuar de la aplicación de este artículo los relativos a la concesión de licencias concedidas en el marco de la protección internacional, el asilo y la protección subsidiaria



TÍTULO VIII. GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN

Artículo 165. Elaboración de la previsión anual de gestión colectiva de contrataciones en origen.

Se propone la siguiente modificación al apartado 2, párrafo segundo:

Elaborada la propuesta, se solicitará informe al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y posteriormente será presentada por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ante la Comisión Interministerial de Extranjería para que informe sobre la procedencia de elevarla al Gobierno.

Motivación: Fortalecer los canales de consulta e interlocución social. Foro para la Integración Social de Inmigrantes

Artículo 167. Especialidades de los procedimientos relativos a autorizaciones en el marco de la gestión colectiva de contrataciones en origen

6. Propuesta: añadir “in fine”: Información relativa a contratos, convenios vinculantes y condiciones laborales de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores

Motivación: Combatir la indefensión del trabajador frente al desconocimiento de sus derechos laborales vinculantes.

Artículo 170. Entrada en España y eficacia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo

Se solicita la adición “in fine” al primer párrafo del apartado 3:

3. en España, salvo que dicha circunstancia sea imputable a la empresa, en cuyo caso se valorará la posibilidad de autorizar al trabajador a cambiar de empleador.

Motivación: Delimitar la responsabilidad de la empresa sin perjuicio del trabajador que no tuviera responsabilidad, habilitándole una autorización con nuevo empleador.



TÍTULO X. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS

Artículo 181. Efectos de la autorización de trabajo para trabajadores fronterizos

Sustituir el contenido del punto 5º por el contenido del punto 3º del artículo 84 del vigente reglamento:

El hecho de haber sido titular de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos no generará derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenida en cuenta para la valoración de las solicitudes que pudieran presentarse por el titular.

Motivación. Creemos innecesario que el borrador de reglamento haga una referencia a que la titularidad de una autorización de trabajo como trabajador transfronterizo la no generación de derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena toda vez que los requisitos para la obtención son similares salvo en lo respectivo al visado.



TÍTULO XI. MENORES EXTRANJEROS

INTRODUCCIÓN

A pesar de que ya mostramos nuestro desacuerdo con la cesión de tutela por parte de las CCAA, la ley lo recoge en su artículo 35.11. Creemos sin embargo – por su enorme importancia- que debe ser desarrollado por el Reglamento para evitar una dispersión y una pérdida de garantías para los menores, ya que quedará al arbitrio de negociación de cada CCAA con cada entidad.

En el texto del borrador se da por aceptada que esa cesión se va a producir, sin que se establezca claramente cómo, más allá de la evidente precisión que la LOEX establece en el Artículo 35.7: “...tutelados por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad”. Respecto a la mención de la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que se repite a lo largo de estos artículos del capítulo III convendría que fuera objeto de alguna aclaración más: ¿Qué diferencia entiende el texto que existe entre custodia y guarda? ¿Qué va a ocurrir cuando el tutor y el guardador mantengan posiciones distintas? ¿Podrá elegir Delegación del Gobierno a quién dirigirse? ¿Cómo es posible que el menor tenga su domicilio en un lugar distinto que su guardador? ¿Cómo puede la entidad que tiene la tutela pertenecer a una Comunidad Autónoma distinta que la Comunidad en la que el menor o el guardador tienen su domicilio?

Esta propuesta afecta por tanto a todo el articulado cuando se refiera a la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

En este caso la propuesta no va acompañada de una redacción alternativa sino de una petición expresa de regulación de un marco jurídico suficiente que detalle los requisitos y el procedimiento que se debe seguir en estos casos, y que una comisión mixta formada por representantes de las Administraciones Públicas implicadas (Ministerios de Trabajo e Inmigración, Ministerio de Justicia, Ministerio de Sanidad y Política Social, así como de CCAA y entidades sociales).

No encontramos justificación en el trato desigual que van a recibir estos menores de los menores comunitarios, extracomunitarios en situación regular y españoles y alertamos de la creación de un doble sistema de protección que no encuentra, a nuestro parecer asidero en el sistema UNICO de protección de menores que existe hasta hoy y cuya regulación establece un marco jurídico suficiente. Las deficiencias detectadas y denunciadas provienen de la práctica administrativa que es la que debe acatar y cumplir la Ley.

Valoramos de forma positiva la estructura y desarrollo del título en interés de aclarar de forma minuciosa aquellos aspectos que – la práctica administrativa ha demostrado como insuficientes-desarrollando todos los aspectos desde que el menor ingresa a nuestro territorio. Valoramos igualmente de forma positiva la mención a la protección internacional como una realidad que también afecta a los menores de edad.

A continuación se recogen las propuestas al articulado que tienen como objetivo introducir modificaciones de mejora técnica.



CAPÍTULO I. Residencia del hijo de residente

Artículo 183. Residencia del hijo no nacido en España de residente

Se propone la siguiente la siguiente modificación:

1. Los menores no nacidos en España, hijos de extranjeros con residencia en España, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de 18 años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus necesidades o aquellos sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles...

Motivación: En la primera frase del artículo ya se menciona a los hijos de extranjeros con residencia en España. A tenor de lo establecido en la LOEX, en concreto en la exposición de motivos, cada vez que se utilice la palabra “residente” o “residencia” hemos de entender “residente legal” o “residencia legal” o en terminología más ajustada a Derecho: “residente en situación administrativa irregular”. No parece por tanto necesario repetir un concepto que ya se menciona en la primera frase.

Por otro lado este artículo hace una remisión directa a los requisitos de la reagrupación familiar y dentro de ella se encuentran los menores adoptados y los discapacitados por lo que parece adecuado incluirlos también aquí.

3. Se solicita la supresión de la frase: “En caso de que la autorización derive de un vínculo con ciudadano comunitario, su duración será de cinco años”.

Motivación: Si el menor o discapacitado no nacido en España es hijo (biológico o adoptado) de un ciudadano comunitario (Ej: hijo de un español de origen ecuatoriano), directamente se le aplicará el Real Decreto de Comunitarios por lo que la mención a la duración de la autorización no parece adecuada.

CAPÍTULO II. Desplazamiento temporal de menores extranjeros

Artículo 184. Desplazamiento temporal de menores extranjeros

Se propone la siguiente modificación en el párrafo segundo del apartado 1: sustituir la palabra “**habrá**” por “**podrá**”.

Motivación: Con la redacción dada en el Borrador se pasan a recabar de forma obligatoria DOS informes, el de la CCAA (que pide la entidad o interesado) y el de la Delegación o Subdelegación de Gobierno. Sin embargo no se establecen plazos para su emisión, ni alternativas en el caso de que la Comunidad Autónoma no lo realice. Si pensamos que son programas de duración determinada (no más de 3 meses) no parece operativo que sean acumulativos.

Artículo 185. Desplazamiento temporal de menores extranjeros con fines de escolarización.

1. Parece conveniente aclarar, el procedimiento de renovación.

Motivación: Ciertamente, el desplazamiento del menor por estudios tiene la naturaleza jurídica de estancia por estudios, pero también debe serlo su tratamiento de acuerdo con el Reglamento,



aunque con ciertos matices como el hecho de que la renovación debe ser una posibilidad, siempre que se cumplan los requisitos de aprovechamiento de los mismos y los padres o tutores del menor acrediten previamente su consentimiento a su continuación.

3. Se propone la siguiente modificación: La estancia acabará al finalizar el curso académico salvo que, previamente, se autorice la renovación de la estancia por estudios”.

Motivación: Tal y como está redactado, el menor debe regresar a su país cada junio y volver, si es autorizado cada Septiembre.

Valoramos que esta medida no es integradora para el menor que debe regresar nada más finalizar el curso a su país y estar a la expectativa de si podrá reincorporarse a sus estudios el curso siguiente. Y eso, cada año.

CAPÍTULO III. Menores extranjeros no acompañados

Artículo 187. Determinación de la edad

1. Tercer párrafo: Se propone la siguiente modificación: Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal que como primera medida solicitará la consulta del Registro Central de Menores.

Propuesta de adición en el mismo párrafo:

Comprobada la no inscripción del menor en dicho Registro, el Ministerio Fiscal dispondrá el procedimiento para la determinación de la edad, para lo que deben colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas oportunas

Se informará al menor, mediante intérprete en el caso de que sea necesario sobre la finalidad y tipo de pruebas a que va a ser sometido y de las consecuencias jurídicas de las mismas. Se le informará igualmente de las consecuencias que pudiera tener en el caso de negarse a las mismas.

Motivación: La realización de estas pruebas afecta a la esfera personalísima del menor por lo que debe darse tanto la información como la prestación del consentimiento. Asimismo, debe facilitarse desde este momento la posibilidad de asistencia letrada, garantizando así todo el proceso desde el inicio.

Por otro lado, la propia Fiscalía, en el Encuentro de Fiscales especialistas en menores celebrado en el mes de Abril de 2010 fija la necesidad de consulta previa al Registro Central de Menores.

El resto de garantías también han sido analizadas y propuestas en los últimos informes sobre esta materia, en concreto en el informe realizado por el Consejo General de la Abogacía y Unicef,¹ o en el informe realizado por el Ararteko y de reciente publicación²

¹ Ni ilegales, ni invisibles. Informe 2009. www.cgae.es

² ¿menores o extranjeros? Análisis de las políticas de intervención sobre menores extranjeros no acompañados. www.ararteko.net



Se propone la siguiente modificación:

2. La Secretaría de Estado.....impulsará y **coordinará**....

Motivación: Parece insuficiente un impulso sin la debida coordinación.

Se propone la adición de un nuevo párrafo:

Dicho Protocolo Marco se adoptará en el plazo máximo de 6 meses desde la entrada en vigor del presente Reglamento y contará además con la participación de las organizaciones profesionales y entidades sociales más representativas en materia de protección de menores.

Motivación: El reglamento por un lado asume de forma implícita que las entidades van a asumir el papel de tutoras pero sin embargo, no cuenta con ellas para protocolizar algo que les va a afectar directamente.

Por otro lado, debe fijarse un plazo determinado dada la trascendencia que el propio Reglamento otorga a este Protocolo.

Se proponen las siguientes modificaciones:

4. Primer párrafo: No se dictará decreto de determinación de la edad sin disponer de informes médicos suficientes.

Motivación: Se basa esta propuesta en las conclusiones del Encuentro de Fiscales especialistas en menores y extranjería de 20 de abril de 2010.

4. Segundo párrafo No serán admisibles informes en los que se haga referencia a que la edad es de “aproximadamente 18 años” o expresiones similares.

Motivación: Se basa esta propuesta en las conclusiones del Encuentro de Fiscales especialistas en menores y extranjería de 20 de abril de 2010 así como en las recomendaciones del Defensor del pueblo.

Artículo 188. Competencia sobre el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas

2. Este párrafo evidencia la necesidad expresada como comentario general a la necesidad de clarificar esa cesión de tutela, guarda...

Se solicita la siguiente modificación:

3. La Delegación o Subdelegación del Gobierno solo solicitará.... informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste cuando se hayan cumplido, en su caso los requisitos en la normativa en materia de protección internacional.

Motivación: Debe tomarse alguna precaución antes de solicitar información a la representación diplomática por si se trata de un caso de protección internacional y o bien se ha solicitado la solicitud o todavía no. En este momento todavía no se ha hablado con el menor y no hay informe del tutor. Tampoco hay intervención del Ministerio Fiscal. Debemos tener cuidado en estos casos,



porque estamos facilitando información sobre un menor al Estado del que ha huido por motivos de protección internacional lo que – entre otras- cosas lo pone en un peligro evidente.

Se propones las siguientes modificaciones:

5. Primer párrafo:...” de la Dirección General de Política Social, Familias e Infancia y de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional”.

Motivación: Si lo que se pretende es obtener un informe sobre circunstancias familiares y sociales, parece útil la participación de especialistas tanto en el aspecto social y familiar, como en el ámbito internacional. Parece lógico pensar tal y como hace en otros apartados

5. Segundo párrafo: En la solicitud del informe se hará constar que, en el caso de que no sea posible recabar la información sobre la familia del menor o en el caso de que la información obtenida de la familia indique su situación de desprotección, la representación diplomática , podrá sustituirla por la relativa a...

Motivación: La redacción propuesta por el borrador da la opción de sustituir el informe de la familia por el de la institución de protección a criterio de la Misión Diplomática, lo que desde luego no respeta el principio que debe inspirar todo este procedimiento que no es otro que el interés superior del menor. El objeto de recabar toda la información sobre la familia en origen (en dos sentidos, su imposibilidad de proteger y cuidar al menor, o la absoluta falta de información) o en su caso del sistema de protección tiene como finalidad garantizar que el niño va a estar mejor si regresa. Con la redacción propuesta en el Borrador de Reglamento se desvirtúa totalmente esta finalidad.

Artículo 189. Inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado

Se propone la siguiente modificación en el segundo párrafo del apartado 1:

1. Segundo párrafo: En el acuerdo de iniciación.....y la existencia de los informes establecidos en el artículo anterior”

Motivación: El artículo anterior refleja por lo menos dos informes distintos, el emitido por la representación diplomática del país de origen y el de la entidad. Parece coherente reflejarlos todos.

2. Se propone la siguiente adición en este apartado:

Si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe. En caso de que no haya alcanzado dicha edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

No obstante, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente.



Corresponderá al Ministerio Fiscal, al propio menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor.

Motivación: Se propone trasladar el segundo, tercer y cuarto párrafo del artículo 190 aquí. Parece que el nombramiento de representante o en su caso de defensor judicial debe fijarse DESDE la incoación del procedimiento.

Artículo 190. Alegaciones y determinación del período de prueba

Se propone la supresión de los párrafos 2º, 3º y 4º del apartado 1.

Motivación: En coherencia con lo propuesto en el artículo 189.

Artículo 191. Trámite de audiencia y resolución del procedimiento

1. Se solicita su modificación ya que tiene un error al referirse a los artículos 187 y 188. Se propone la siguiente redacción:

“Tras la incorporación de los expedientes de los informes mencionados en el **artículo 190 y...**” a la mención del artículo 187

2. Tercer párrafo. Se propone la modificación:

“...En el mismo plazo, será comunicada a la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda...”

Motivación: Aunque en desacuerdo con la formulación dada por el Anteproyecto con respecto a la mención a tutor, guardador etc por los motivos antes expuestos, debería recogerse, en su caso, en todos los artículos.

3. Se propone la siguiente modificación:

El plazo máximo para la resolución, notificación y ejecución del procedimiento será de nueve meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento.

Motivación: Nos parece importante que el borrador fije un plazo cierto para un procedimiento que tiene gran transcendencia para la vida del menor; pero ya que se establece, dicho plazo debe incluir todo el procedimiento (incluida su ejecución). De no incluirse quedaría una laguna importante en el procedimiento ya que el artículo 192 que hace referencia a la ejecución no establece plazo alguno.

Tampoco se establece qué ocurre si no se resuelve en dicho plazo.

Artículo 192. Ejecución de la repatriación

3. Se propone la supresión de la siguiente frase:

“...salvo en lo relativo al desplazamiento del personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre el menor”.



Motivación: El apartado 1 de este artículo utiliza un verbo imperativo “será acompañado” y por tanto no parece adecuado que luego se cargue a la institución de protección con los gastos de acompañamiento. Si el objetivo es contener y acompañar al menor y se impone como una obligación no puede luego pretender que sea la entidad (sobretudo si hablamos de entidades sociales) la que asuma el gasto.

Artículo 193. Residencia del menor extranjero no acompañado

Se propone la siguiente modificación:

1. Desde el momento en que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sin perjuicio de las gestiones que se realicen tendentes a la repatriación del menor .

Motivación: La redacción dada por el Anteproyecto mantiene la ambigüedad del anterior (art. 92.5 RLOE), redacción a cuyo amparo los servicios competentes de protección de menores interpretaban el plazo de nueve meses como término “a quo”, entendiendo que no se procedía a otorgar a los menores la autorización de residencia hasta que no hubieran transcurrido esos 9 meses.

Contra esa interpretación ya se manifestó en el año 2010, la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, cuando instaba a los Fiscales a que, en el ejercicio de las funciones de la superior vigilancia del ejercicio de la tutela administrativa que le encomienda la Ley (art. 174.1 del CC) verificaran la concesión de documentación a los menores y en concreto, de la autorización de residencia, para lo que por propia iniciativa, debían de instar de la Administración Pública que asumió la tutela del menor, la activación de la tramitación de su documentación, una vez acreditada la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen, “sin esperar para ello ni permitir que se espere de forma automática, el transcurso del plazo de 9 meses previsto en el artículo 92.5 del Reglamento que debería operar como límite máximo y no como término “a quo”.

Recogiendo la interpretación realizada por la Fiscalía, la redacción más adecuada del artículo 193. 1 deberá ajustarse a lo dispuesto en el vigente artículo 35.7 de la LOEx y al artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en el que se establece que una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración Pública facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En este mismo sentido se pronunció en el año 2008 el Defensor del Pueblo, recogándose su criterio en la Recomendación 91/2008, de 25 de septiembre sobre el procedimiento que debe aplicar la entidad pública de protección de menores del Principado de Asturias para instar la documentación de los menores y para relacionarse a estos efectos con la autoridad gubernativa. (BOCG. Cortes Generales IX Legislatura. Serie A. Núm 146, pág. 456), entendiendo que el plazo de 9 meses no es un plazo “a quo” sino como un plazo máximo que no ha de ser agotado.

De conformidad con la legislación internacional que vincula a España, de acuerdo con el Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 3 se establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El interés superior del niño queda plasmado en el mismo articulado de la Convención cuando establece que los estados parte deben garantizar el derecho a la educación (art. 28) el acceso



a la salud (art. 24) a entrar o salir de un Estado parte a otro a efectos de la reunión de la familia (art. 10) derechos que en España sólo podrá ejercitar si dispone de un permiso de residencia

En este mismo sentido se expresa la Observación General nº 5 del Comité de Derechos del Niño (Regla 89) cuando dispone que la integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho y que la aquella integración debe basarse en un régimen jurídico estable, del que es presupuesto la documentación y estar regida por los derechos previstos en la Convención que son plenamente aplicables a todos los menores extranjeros que permanezcan en el país con independencia de que ello sea en razón de su reconocimiento como refugiados, de cualesquiera obstáculos jurídicos al retorno o de si el análisis de los intereses superior del niño desaconseja tal medida.

La documentación no sólo es presupuesto básico para favorecer la integración del menor en el país de acogida, sino que también es garantía que da contenido al principio del interés superior del menor, dado que el hecho de que el menor tenga permiso de residencia no impide la repatriación del mismo.

Artículo 194. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia

Se propone la adición de un párrafo c) con el siguiente contenido:

2. c) Se exceptúa de la obligación de acreditar que carecen de antecedentes penales en su país de origen o en los países donde hayan residido durante su minoría de edad, debiendo acreditar únicamente que carece de antecedentes penales en España.

Motivación: Al hacer una remisión total al artículo 46 no se tiene en cuenta que se exige al joven acreditar carecer de antecedentes penales en España y en los países donde hayan residido en los últimos cinco años por delitos previstos en el ordenamiento español.

Se trata de un documento superfluo por cuanto estamos hablando de jóvenes ex tutelados que han alcanzado la mayoría de edad en España, y que residen en España, por lo que en ningún caso pueden tener antecedentes penales en sus países de origen o residencia anterior que puedan ser considerados antecedentes penales .

Se propone la siguiente modificación:

3. Para la renovación de la autorización, se valorará, previa solicitud, en su caso de oficio, de los correspondientes informes:

- a) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes.
- b) La continuidad en los estudios.
- c) La participación en itinerarios de formación.
- d) La existencia de una oferta o un contrato de trabajo.

Motivación: El artículo remite a las condiciones (matizadas) de la residencia no lucrativa y por tanto por coherencia se debe reflejar el mismo esquema (requisitos, condiciones y en su caso documentos o informes a valorar).

Siguiendo ese esquema, y los elementos fijados en el artículo 35.9 de la LOEX (que mencionan la continuidad de estudios, el acceso al Mercado de trabajo, el esfuerzo de integración) se establecen aquellos aspectos a valorar para la renovación.



Con respecto al esfuerzo de integración, reproducimos lo ya planteado con respecto a otras autorizaciones.

Con respecto a la letra a) Debe eliminarse del artículo cualquier referencia al comportamiento durante su minoría de edad y en concreto la referida a *“el respeto (sic) a las normas de convivencia en el centro de protección”*, por suponer la exigencia de acreditar un comportamiento cívico durante la minoría de edad, que no se exige para los adultos solicitantes de ninguna de las distintas autorizaciones de residencia y/ o trabajo.

La regulación de los expedientes personales de los menores en el ámbito de la protección del menor impide que la responsabilidad de los hechos realizados durante la minoría de edad tenga efectos desfavorables frente a terceros una vez alcanzada la mayoría de edad.

En este sentido el artículo 9 de la ley Orgánica de Protección Jurídica de Menor, así como los concordantes de la LORPM y del Reglamento 1774/2004 establecen la reserva de los informes de evolución de los menores bajo tutela, así como la estrictísima privacidad de los antecedentes penales de los menores a las que solo tiene acceso los Juzgados de Menores o los antecedentes policiales de los menores que deben ser cancelados al acceso de la mayoría de edad. El espíritu del legislador de que en ningún caso, ningún comportamiento del menor sea de carácter administrativo o penal, pueda tener efectos desfavorables para la persona, en atención al proceso evolutivo del menor y la disminuida capacidad de obrar del mismo, y por lo tanto su disminuida reprochabilidad, se compadece mal con la previsión de que a efectos de renovar una autorización de residencia se requiera al joven para que acredite su comportamiento cívico.

Es preciso señalar que este párrafo tercero obliga a tener en cuenta este aspectos de la minoría de edad del solicitante de la renovación, y que ya en el párrafo anterior, se hace referencia a la posibilidad de tomar en consideración los informes positivos, a estos solos efectos, que expidan las entidad públicas de protección del menor, por lo que queda salvaguardado el interés del solicitante de hacer valer aquellos méritos que en su solo beneficio le hagan acreedor, de la debida consideración en la pertinente renovación de la autorización de residencia, sin que, en ningún caso, se pueda traer al procedimiento administrativo informes que reflejen un momento de evolución psico-educativa de mayor dificultad de adaptación ocurridas durante su estancia en un centro de protección y que esta pudiera tener consecuencias negativas sobre la renovación de la autorización de residencia.

En este sentido la mención recogida en la letra c) del tiempo que haya estado sometido a tutela, acogimiento o guarda no parece tampoco relevante excepto si va acompañado por un informe (que ya aparece mencionado en el apartado 2) emitido por la entidad responsable. No hay ningún argumento para sostener a priori que un menor acogido por 3 años está más integrado que un menor que lleva acogido 1 año. Se nos antoja que el tiempo no puede ser un elemento valorativo sin más.



TÍTULO XII. MODIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

El título desarrolla los distintos supuestos de modificación de las situaciones de los extranjeros en España de manera muy similar a la desarrollada en el título IX del Real Decreto 2393/2004, si bien con algunas novedades significativas que más adelante pasaremos a señalar.

Dado que las modificaciones que se han desarrollado han venido en unos supuestos a ampliar el alcance, ya sea por su extensión a un mayor grupo de personas o por la ampliación de supuestos modificables, no parece necesario proponer modificaciones en este título.

En cuanto a las novedades que se han introducido son las siguientes:

Artículo 196. De la situación de estancia, por estudios, investigación o prácticas a la situación de residencia y trabajo o de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo

En la modificación de la situación en los supuestos de realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza reconocido oficialmente en España en un programa a tiempo completo que conduzca a la obtención de un título; realización de actividades de investigación o formación o participación en programas de intercambio de alumnos a seguir en enseñanzas secundarias o centro docente o científico reconocidos (art. 196 del borrador)

La posibilidad de modificación recogida en el artículo 196 del borrador parece un supuesto escasamente regulado:

- no se contempla la posibilidad de que tales extranjeros estén ya trabajando y en alta en Seguridad Social, por lo que la eficacia de la autorización concedida no puede vincularse a tal circunstancia, como recoge el apartado 3. En este caso, no parece muy razonable que se establezca que el empresario o empleador es el único sujeto legitimado para formular la solicitud (apartado 1).

En consonancia con lo antedicho se propone una enmienda de adición en la que se exprese que este supuesto está escasamente regulado y que sería conveniente, por seguridad jurídica, que el nuevo texto reglamentario fijara con precisión las singularidades del procedimiento respecto al establecido con carácter general.

1. Se exceptúan, con carácter general, del requisito del art 1.a) del artículo 196 del borrador (haber permanecido en España en situación de estancia, en base a lo previsto en el art 37.1 apartados b y d del meritado reglamento, al menos tres años) para el caso de extranjeros que hayan superado el período complementario de formación como especialista de ciencias de la salud y cuyo título se haya obtenido en estados no miembros de la UE, así como a médicos con título homologado cuando la actividad a desarrollar sea el acceso a la escala de complemento del cuerpo Militar de sanidad.

Aún cuando esta exceptuación explícita aparece como oportuna en razón de la necesidad de este personal cualificado, sería tal vez conveniente abrir el abanico a



otros sectores de fuerte especialización y demanda que, mediante disposición del Ministerio de Trabajo e Inmigración, pudieran ser oportunos en el futuro.

2. Se aplicará la modificación referida en el art 196 del borrador también para el acceso a autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia, residencia con excepción de autorización de trabajo, residencia y trabajo para investigación o para profesionales altamente cualificados.

3. La autorización de residencia y trabajo y, en su caso, la de residencia de familiares, debe solicitarse durante la vigencia de la autorización de estancia principal y en ningún caso antes de los noventa días naturales previos a la fecha en que previsiblemente el extranjero cumplirá el requisito de permanencia en situación de estancia por estudios durante los tres años.

4. La solicitud opera subsidiariamente como solicitud de autorización inicial de residencia, cuando no se reúnen los requisitos para la obtención de la modificación solicitada pero sí los relativos a ésta, dictando en tal caso el órgano competente resolución en relación con ésta.

Artículo 197. De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo o de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo

Se establece de forma similar al vigente artículo 96 del Real decreto 2393/2004, si bien existen algunas destacadas modificaciones respecto de este.

2. el régimen se aplica tanto a la modificación de la situación de residencia por residencia y trabajo como a los supuestos genéricos de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo.

La posibilidad de modificación también se recoge (artículo 197.3) para el supuesto de titulares de un certificado de registro como ciudadano de la UE o de titulares de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE, pero el supuesto parece escasamente regulado:

- no parece contemplarse la posibilidad de que tales extranjeros estén ya trabajando y en alta en Seguridad Social, por lo que la eficacia de la autorización concedida no puede vincularse a tal circunstancia, como recoge el apartado 2. En este caso, no parece muy razonable que se establezca que el empresario o empleador es el único sujeto legitimado para formular la solicitud.

- no consta expreso que en estos casos se exceptúe el cumplimiento del requisito previsto en el apartado 3.a) del artículo 64 (referido a la situación nacional de empleo).

Por otro lado, no se expresa con claridad qué tipo de autorización de residencia y trabajo le será concedida: ¿tendrá como sucede con las previsiones del artículo 199 Borrador la consideración de “inicial” aunque se expidan por dos años?

En consonancia con lo antedicho se propone una enmienda de adición en la que se exprese que este supuesto está escasamente regulado y que sería conveniente, por seguridad jurídica, que el nuevo texto reglamentario fijara con precisión los requisitos



que han de cumplirse, las singularidades del procedimiento respecto al establecido con carácter general y el tipo de autorización que será concedida.

3. Por sistemática desaparece de este título la situación de los reagrupados del numeral 3 del vigente art. 96 del reglamento.

4. Se añade, como en el caso contemplado en el art 196 del borrador, la aplicación del proceso de modificación a los supuestos de acceso de residencia y trabajo por cuenta propia, residencia con exceptuación de autorización de trabajo, residencia y trabajo para la investigación o para profesionales altamente cualificados.

Artículo 198. Compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y la residencia y trabajo por cuenta propia o de autorizaciones de trabajo por cuenta propia de ámbito geográfico distinto

Se mantiene el desarrollo del vigente artículo 97 del reglamento.

Se introduce la habilitación para el trabajo por cuenta propia en varias comunidades autónomas siempre en el mismo sector de actividad.

Artículo 199. De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia, residencia y trabajo o residencia con exceptuación de la autorización de trabajo.

En líneas generales continúa con las disposiciones del art. 98 del vigente reglamento.

De no aceptarse la supresión propuesta de los apartados referidos al artículo 71.2 d) y e) el Foro considera la posibilidad de modificación recogida en el artículo 199 Borrador para el supuesto de titulares de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales parece escasamente regulada:

- en aquellos supuestos en los que el titular de la residencia por circunstancias excepcionales obtuvo la autorización para trabajar, al amparo del artículo 127 Borrador, con posterioridad a la concesión de dicha residencia, no deberían aplicársele los requisitos previstos en el artículo 71 Borrador en lo atinente al tiempo de actividad que es necesario acreditar a tal efecto. Lo razonable sería proporcionar el tiempo de actividad exigible al tiempo durante el cual el extranjero ha sido titular de su autorización para trabajar y no para residir.
- igualmente puede suceder con quienes accedan a una residencia por circunstancias excepcionales al amparo del artículo 122.1 ó 122.3, en los que no se exige la existencia de un contrato de trabajo para su concesión.

En consonancia con lo antedicho se propone una enmienda de adición en la que se exprese que este supuesto está escasamente regulado y que sería conveniente, por seguridad jurídica, que el nuevo texto reglamentario fijara con precisión, al menos, los requisitos que han de cumplirse en cada uno de los supuestos de acceso a la autorización de residencia y trabajo desde la situación de residencia por circunstancias excepcionales



El Foro propone las siguientes modificaciones:

1. Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos un año, en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el artículo 128, podrán renovar su autorización de residencia o acceder a la situación de residencia y trabajo sin necesidad de visado.
2. Cuando el extranjero autorizado a residir por circunstancias excepcionales estuviera habilitado para trabajar, presentará por sí mismo la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos previstos por el artículo 71. Su vigencia, será de dos años.
3. a) La eficacia de la autorización de residencia y trabajo estará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión. Su vigencia será de dos años.

Motivación: En coherencia con la propuesta del Foro de modificación del artículo 128 del borrador de Reglamento.

Junto con las anteriores modificaciones del art 98 introduce, en coherencia con todo el título XII, la aplicación de estas modificaciones a autorizaciones de residencia por cuenta propia, residencia con exceptuación de trabajo y residencia y trabajo para investigación o de profesionales altamente cualificados.

Artículo 200. Modificaciones de la autorización de residencia y trabajo:

Se mantiene el articulado del precedente artículo 99, si bien se arbitra que se pueda modificar, en autorizaciones de residencia temporal no lucrativa, residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo, residencia temporal y trabajo para investigación, o residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados, a solicitud del interesado, siempre que se le haya renovado ya su autorización inicial o que presente la solicitud en el momento en el que corresponda solicitar su renovación

Artículo 201. Intervención de las Comunidades Autónomas en la modificación de autorizaciones

1. Modifica el contenido del vigente art 99 bis al suprimir el ámbito de intervención de las comunidades autónomas con competencias atribuidas en la tramitación y resolución de autorizaciones iniciales de trabajo el supuesto primero de aquel, referido a autorización de trabajo por cuenta ajena de familiares reagrupados, así como el supuesto primero del punto b) de dicho artículo, para contemplar como supuestos de intervención de dichas Comunidades autónomas las que corresponden a hijos de españoles nacionalizados, o ciudadanos comunitarios con un año de residencia prevista en el art 1197.3 del anteproyecto, modificación de la situación de estancia por estudios, residencia o residencia por circunstancias excepcionales, así como compatibilidad de autorizaciones de trabajo por cuenta propia y ajena o de mutación de una en otra, y de residencia y trabajo para investigadores y profesionales.



2. Se exceptúa el supuesto de situación de autorización de residencia con excepción de la autorización de trabajo



TÍTULO XIII. DOCUMENTACIÓN DE LOS EXTRANJEROS

CAPÍTULO III. Indocumentados

Artículo 208. Requisito y procedimiento para la documentación

El artículo 34.2 de la Ley de Extranjería en su actual redacción, en relación a los indocumentados, establece que, en cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, una vez verificada la pertinente información y siempre que concurren y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. Añade a continuación que se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o se haya dictado contra él una orden de expulsión.

Este artículo, que tiene su desarrollo reglamentario en el artículo 107 del actual Reglamento de extranjería, regula en el apartado 5 la exención de presentación de acta notarial para acreditar que no puede ser documentado por la Misión diplomática u Oficina consular correspondiente, en los casos en que se alegasen razones graves que impidan su comparecencia en aquéllas, pudiendo recabarse, a estos efectos, informe de la Oficina de Asilo y Refugio (OAR). Regula, por tanto, tan sólo uno de los supuestos de autorización de residencia por circunstancias excepcionales aunque no haga referencia expresa: el que corresponde a los beneficiarios de protección subsidiaria. El desarrollo en el nuevo reglamento del artículo 34.2 debe adaptar este apartado a los solicitantes del nuevo tipo de autorización que corresponde a los beneficiarios de protección subsidiaria: la autorización de residencia de larga duración. Ante los retrasos en la resolución de estos expedientes, proponemos que el informe de la OAR sea preceptivo y vinculante.

El Foro considera importante recoger en la modificación del Reglamento de extranjería la posibilidad de renovación de la cédula (ésta, estrictamente, no se renueva: hay que volver a solicitarla, debiendo pasar el solicitante de nuevo por el arduo trámite cada año), si las circunstancias de concesión no hubieran cambiado. A este respecto, se podría introducir un plazo de renovación de la misma (dos meses antes de su vencimiento o tres meses después), con silencio positivo en caso de no haber respuesta en dicho plazo, como se establece para las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo. Asimismo, a los efectos de evitar desfases, sobre todo en las renovaciones de las autorizaciones de residencia, sería recomendable que la cédula de inscripción tuviera la misma duración que las autorizaciones de residencia.



TÍTULO XIV. INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR

Dentro de las principales novedades recogidas en el Título XIV, sobre infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, del Borrador del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, objeto de estudio en este Dictamen, podríamos señalar:

Manifestación de la voluntad de recurrir, a los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la LOEX (art. 220).

Se realizan recordatorios expresos de que la determinación de la sanción debe realizarse en atención a criterios de proporcionalidad y teniendo en consideración el grado de culpabilidad del infractor y el daño o riesgo generado con la comisión de la infracción (art. 228 y 219.3)

En los procedimientos ordinarios en los que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido de intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos (art. 224.3). El Foro valora positivamente que este artículo recoja la exigencia de asistencia letrada en las expulsiones, acabando así con la interpretación de que, si no había detención no era exigible, aun cuando fuera una interpretación sin base legal.

Se recuerdan los casos en que el procedimiento tendrá naturaleza preferente, cuando la infracción sea la permanencia irregular en territorio español (riesgo de incomparecencia; que el extranjero evite o dificulte la expulsión; o que el extranjero sea considerado un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional)

Se dedica una sección específica 4ª a los casos de concurrencia de procedimientos, donde se establecen los criterios en los que procederá la revocación de una orden de expulsión en caso de que el extranjero presente una solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 238)

Se prevé que el establecimiento de un período de prohibición de entrada, tras una expulsión, superior a cinco años, requerirá informe de la Comisaría de Extranjería y Fronteras.

Se suprime la regulación del régimen de internamiento de extranjeros, por realizar la Ley Orgánica 2/2009 una remisión reglamentaria distinta a la general, aunque se mantiene el artículo sobre el proceso de toma de decisión del internamiento y las condiciones generales de éste.

CAPÍTULO I. Normas comunes del procedimiento sancionador

Artículo 217. Instructor y secretario

Se propone la siguiente adición:

En el acuerdo de incoación del procedimiento se nombrarán e identificarán con nombre y apellido instructor y secretario, que deberán ser funcionarios del Cuerpo Nacional de



Policía, sin perjuicio de que tales nombramientos puedan recaer en otros funcionarios de las Oficinas de Extranjería cuando se trate de procedimientos sancionadores que se tramiten por las infracciones leves e infracciones graves de los párrafos e) y h) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Motivación: No basta la designación de éstos con un número de placa, sólo autorizado en la LECrim. para los atestados policiales, no para los procedimientos sancionadores, que según el artículo 35 b) de la Ley 30/92, se exige la identificación, entre otras para poder ejercitar el derecho de recusación, art. 29 de la ley 30/92. No puede recusarse a un número.

Artículo 218. El decomiso

3. Modificación:

La Ley 33/2003 es de 3 de noviembre, en vez de 4 de Noviembre.

Motivación: Error material. A corregir cada vez que se cita.

4. Propuesta de supresión de este apartado.

Motivación: La Ley de Extranjería, en su artículo 55.5, NO recoge el uso provisional de los efectos decomisados, por lo que carecería de cobertura legal.

Artículo 220. Manifestación de la voluntad de recurrir

Se propone introducir un nuevo artículo 220 bis, con la siguiente redacción:

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

Motivación: Para evitar los problemas de representación que se están dando ante los órganos jurisdiccionales, donde los letrados no pueden representar a los extranjeros que en ocasiones están fuera del territorio nacional o incluso privados de libertad y no pueden otorgar la representación *apud acta*.

Esta redacción no contradice la LO 4/2000, ya que el artículo 22.3 sólo exige solicitud de justicia gratuita, lo que reconoce este precepto, cosa distinta es el alcance que en vía reglamentaria demos para evitar situaciones de indefensión, pues la manifestación del deseo de recurrir no exime de la acreditación de la representación.

Artículo 221. Ejecución de las resoluciones sancionadoras

Se propone la adición “in fine” al apartado 4:

4. En todo caso, los remitirán al organismo competente. La presentación de los recursos jurisdiccionales en dichas representaciones diplomáticas o consulares interrumpirá los plazos para su interposición.



Motivación: De no establecerlo así, los órganos jurisdiccionales podrán considerar que el plazo de presentación será el de llegada al órgano jurisdiccional, no el de entrada en la misión diplomática, pudiendo quedar presentado el recurso fuera de plazo.

CAPÍTULO II. Modalidades de tramitación del procedimiento sancionador

Artículo 224. Iniciación del procedimiento ordinario

Propuesta de sustitución:

1. La referencia al artículo 55.2 LOEX contenida en el párrafo primero, debe cambiarse y hacer referencia a los artículos 250 y 251 de este mismo reglamento de Extranjería.

Motivación: Cuando se habla de procedimiento, debe remitirse a las normas que regulan ese otro procedimiento del orden social, no a quien ha de ser el competente para sancionar, que es lo que dice el 55.2 de la Ley.

Artículo 228. Propuesta de resolución en el procedimiento ordinario

Propuesta de redacción del **segundo párrafo:**

En todo caso, la determinación de la propuesta de sanción será realizada en base a criterios de proporcionalidad, En todo caso, la determinación de las propuesta de sanción será realizada en base a criterios de proporcionalidad .Además de los criterios de graduación a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se valorarán también, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor

Motivación. Los criterios de graduación para determinar la sanción que se imponga vienen recogidos en el artículo 219.3.

Por coherencia, dichos criterios deberían ser también los tenidos en cuenta para la propuesta de resolución.

Artículo 229. Trámite de audiencia en el procedimiento ordinario

Se propone la supresión del apartado 2 de este artículo.

Motivación: Carece de sentido. Por un lado, porque siempre que se hayan presentado alegaciones deberá concederse la posibilidad de volver a alegar cuando se dicte la propuesta de resolución, nunca debe prescindirse del trámite de audiencia; y por otro lado, porque excepciona de la no necesidad de audiencia “salvo en el supuesto previsto en el párrafo final del art. 224.2”, precisamente el único supuesto que no es necesario dictar propuesta de resolución, es decir cuando no se presentaron las primeras alegaciones.

Artículo 230. Resolución del procedimiento ordinario

Se propone la siguiente redacción al punto 1:

Antes de dictar la resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento.



El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a 15 días. El plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las actuaciones complementarias. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento.

Realizadas las actuaciones complementarias, se dará traslado de estas al interesado para que en el plazo de 7 días alegue lo que tenga por conveniente o presente nueva documentación al respecto.

Motivación: Por las razones expuestas anteriormente y coherencia.

Para dar la posibilidad de defenderse tras esas nuevas actuaciones complementarias, ya que el plazo inicial que concede el art. 230.1 es tras el acuerdo de realizar alegaciones complementarias, no tras la realización de éstas. De ahí que también pidamos la supresión de este plazo inicial. Entendemos que es un error de redacción.

Se propone la modificación de la última frase del apartado 4:

4. Las resoluciones de los procedimientos de infracción o responsabilidad. La sanción se determinará en base a criterios de proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración lo previsto en el artículo 219.3 del presente Reglamento.”

Motivación. El artículo 219.3 recoge los criterios de graduación, que son más amplios que lo establecido en la redacción actual del artículo 230.4 siguiente.

De mantenerse la redacción actual, el Reglamento recogería los criterios de graduación de las resoluciones en 2 apartados distintos de forma diferente.

Se propone la siguiente modificación en el apartado 5:

5. Las resoluciones se notificarán al interesado y a su letrado, y si el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de orden superior, se dará traslado de la resolución al órgano administrativo autor de aquélla.

Motivación: De conformidad con la exigencia legal contenida en el artículo 22.2 LOEX: “[...] derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español [...]”.

Se consigue así un doble efecto: por un lado, paliar la – en ocasiones - falta de relación y comunicación entre letrado/defendido; y por otro, evitar una clara indefensión jurídica, por cuanto el letrado sólo podría actuar *a posteriori*, una vez consumada la expulsión.

Artículo 231. Supuestos en que procede el procedimiento preferente

Propuesta de adición en el apartado a)

Riesgo de incomparecencia, por carecer de domicilio conocido.

Motivación: Para intentar concretar el concepto jurídico indeterminado riesgo de incomparecencia.



Propuesta de adición al apartado b):

- b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos, por carecer de documento identificativo o no entregar este al instructor del procedimiento, o falsear su identidad.

Motivación: Para intentar concretar el concepto jurídico indeterminado.

Propuesta de adición al apartado c):

- c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, por haber sido condenado y tener antecedentes penales no cancelados por sentencia superior a un año de privación de libertad.

Motivación: Para concretar el concepto jurídico indeterminado.

Artículo 232. Iniciación y tramitación del procedimiento preferente

Propuesta de adición al apartado 1:

Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado del acuerdo de iniciación motivado por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de 48 horas, y se le advertirá que de no efectuar alegaciones por sí mismo o por su representante sobre el contenido de la propuesta, o si no se admitiesen, de forma motivada, por improcedentes o innecesarias, las pruebas propuestas, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución.

Motivación: El artículo 63.5 LOEX no permite considerar la iniciación del procedimiento como propuesta si hay alegaciones, no dependiendo de que estas sean pertinentes o necesarias, sino que este extremo se refiere a la prueba.

Circunstancia considerablemente diferente a la del vigente reglamento, que quedó derogado tácitamente por la LO 2/2009 en este aspecto.

Por ello debe adaptarse la redacción a la vigente Ley de Extranjería.

Propuesta de adición al apartado 4:

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

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

Si no se admitiesen las pruebas propuestas, por improcedentes o innecesarias, se le notificará al interesado de forma motivada y se le dará trámite de audiencia en el plazo de 48 horas. En este supuesto, el acuerdo de iniciación del expediente, sin cambiar la calificación de los hechos, será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.

De estimarse por el instructor la pertinencia de la realización de prueba propuesta, ésta se realizará en el plazo máximo de tres días.



Practicada la prueba, en su caso, el instructor formulará propuesta de resolución que se notificará al interesado, y le dará trámite de audiencia en el que se le concederá un plazo de 48 horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo, se procederá a elevar la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo, a la autoridad competente para resolver.

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

Propuesta de modificación al apartado 5:

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

El período de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, y no podrá exceder en ningún caso de 60 días.

La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá establecer un período máximo de duración del internamiento inferior al citado.

No podrá acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente.

Motivación: Si no se pide el internamiento en la incoación, para solicitarlo durante la tramitación habrá que acreditar que han cambiado las circunstancias. Por seguridad jurídica.

Propuesta de modificación al apartado 6:

6. Cuando el instructor solicite el internamiento y la autoridad judicial lo deniegue, el instructor, con el fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, podrá acordar, previo traslado al interesado, alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares:

Motivación: Con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho de defensa y oposición a esa nueva medida que no puede ser *inaudita parte*.

Propuesta de adición:

6. a) Excepcionalmente, retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida. Revistiendo dicho recibo pleno carácter identificativo del expedientado en iguales condiciones que la documentación requisada.

Motivación. Se entiende necesaria dicha alusión dado las continuas dificultades prácticas encontradas por parte del extranjero expedientado, y objeto de dicha medida cautelar, en la acreditación de su identidad en la realización de diversas gestiones administrativas como



empadronamientos, solicitudes de tarjeta sanitaria, matriculaciones escolares, incluso en solicitudes de arraigo. Evitando con dicha adición posibles vulneraciones de derechos, facilitándose el acceso a servicios sociales más básicos de los que legalmente es acreedor.

Motivación: La retirada del Pasaporte sólo se hará excepcionalmente, ya que es contraria a la normativa sobre Derechos Humanos Internacionales y Europeas. Lo que expiden las Comisarías cuando retiran los Pasaportes no es válido para arraigos, bancos etc.

6. d) Se propone la supresión.

Motivación: El instructor no puede acordar cualquier otra medida y este apartado se está refiriendo al instructor del expediente de expulsión, no al juez, por lo que el apartado d) no cabe aquí.

Artículo 233. La resolución en el procedimiento preferente. Ejecutividad

Se proponen las siguientes modificaciones:

2. Primer párrafo: La ejecución de la orden de expulsión recaída en estos procedimientos, una vez notificada al interesado y a su letrado, se efectuará de forma inmediata.

Motivación: De conformidad con la exigencia legal contenida en el artículo 22.2 LOEX: “[...] derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español [...]”.

Se consigue así un doble efecto: por un lado, paliar la – en ocasiones - falta de relación y comunicación entre letrado/defendido; y por otro, evitar una clara indefensión jurídica, por cuanto el letrado sólo podría actuar *a posteriori*, una vez consumada la expulsión.

2. Segundo párrafo: De no haber sido puesto en libertad el extranjero por la autoridad gubernativa o judicial, conforme el artículo 62.3 de la LOEX, dentro del plazo de 60 días a que se refiere el apartado 5 del artículo 232, deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento para poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida.

Motivación. Conforme el artículo 62.3 de la LOEX, la autoridad administrativa también está facultada para decidir poner en libertad a la persona internada.

3. La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo. En la resolución, además de la motivación que la fundamente, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

Motivación: Aun cuando el Tribunal Supremo, en sentencia de 20/03/2003, consideró este inciso legal, no llegamos a comprender el motivo por el que va a excluirse el régimen de suspensión de la Ley 30/92 a los procedimientos de expulsión preferentes, cuando lo cierto y verdad es que a continuo se hace cuando el caso lo requiere, por ejemplo cuando lo solicita el Defensor del Pueblo o por otros motivos humanitarios.



Artículo 234. Comunicaciones en el procedimiento preferente

Se propone la siguiente modificación:

La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención y de internamiento y la resolución de expulsión serán comunicadas a la embajada o consulado del país del extranjero y al letrado de la personas extranjera, y se procederá a su anotación en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. Esta comunicación se dirigirá a Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España.

Motivación. Hacer efectiva la tutela de los derechos del representado.

Artículo 235. Supuestos de iniciación del procedimiento simplificado

Propuesta de adición en el párrafo segundo:

Este procedimiento se iniciará de oficio o previa denuncia, por acuerdo dictado al efecto por alguno de los órganos competentes establecidos en el artículo 216.2 de este Reglamento, o por denuncia formulada por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, excepto cuando la infracción imputada sea la establecida en los párrafos c), d) y e) del citado artículo 52, en que se estará a lo dispuesto en el artículo 55.2 de la mencionada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Motivación: Tal y como prevé el art. 216 para cualquier procedimiento sancionador en materia de Extranjería, no llegamos a comprender porqué en el de Extranjería no.

Artículo 236. Procedimiento simplificado

Se propone la siguiente de modificación::

1. Cuarto párrafo: Cambiar el plazo de 5 días por el de 15 días.

Motivación: Si se decide continuar por el procedimiento ordinario, el plazo de defensa mediante alegaciones debería ser el de éste, 15 días, no el reducido de 5.

Artículo 238. Concurrencia de procedimiento

Se proponen las siguientes modificaciones:

1 Si durante la tramitación del expediente seguido por el procedimiento preferente y por la causa prevista en el párrafo a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero expedientado acreditase haber solicitado, con anterioridad a su iniciación, la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31.3 de la citada Ley Orgánica y 121 y siguientes de este Reglamento, el instructor acordará la suspensión del mismo hasta tanto se dicté la resolución sobre dicha autorización. Si fuese denegatoria, se continuará la tramitación del expediente de expulsión por los trámites del procedimiento ordinario. Caso de ser concedida se decretará su archivo.



Motivación: De conformidad con el artículo 63.6 LOEX, que prevé la suspensión hasta la resolución, no permitiéndose, como hace el texto propuesto, la continuación por mucho informe que exista si aún no hay resolución.

2. Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los artículos 31bis, 59, 59bis o **31.3** de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se comprobase que consta contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en los apartados a) y b) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ésta será revocada, siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En caso de que la autoridad competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera la misma que dictó la sanción a revocar, instará de oficio la revocación de la sanción a la autoridad competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y expresa mención a la procedencia de la concesión de la misma, por cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la medida de expulsión

Igualmente se procederá a revocar la orden de expulsión cuando existan cambios en las circunstancias personales o familiares que no hayan sido tenidos en cuenta cuando se procedió a acodar la misma.

Motivación: Ya que el 68.3 no se refiere a los permisos por circunstancias excepcionales sino sólo al informe de arraigo social; sin embargo, el 31.3 sí se refiere a los permisos por arraigo u otros por circunstancias excepcionales que deben correr el mismo destino.

El art. 57.4 LOEX no exige que no haya sido ejecutada la expulsión, por lo que la desborda.

El art. 57.4 LOEX permite valorar otras circunstancias que habitualmente se dan en la práctica, como matrimonio con residente legal, o nacimientos de hijos residentes legales.

Se propone esta adición:

4. El recurso contencioso administrativo interpuestos en el Juzgado Contencioso-Administrativo contra una orden de expulsión de un extranjero no impide la revocación de dicha orden de expulsión, en cualquier momento, por parte de la autoridad administrativa que dictó la orden de expulsión recurrida.

Motivación. Sobre la capacidad de la Administración de revocar resoluciones administrativas recurridas ante los tribunales: El artículo 76 de la Ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contempla expresamente la terminación del recurso contencioso-administrativo por satisfacción extraprocesal de las partes, que tiene lugar cuando la Administración reconociese en vía administrativa las pretensiones del recurrente. Adicionalmente, el artículo 105 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común establece que las Administraciones Públicas pueden revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no fuese contraria a derecho.

A pesar de que el marco legal es diáfano, algunas Administraciones no revocan las órdenes de expulsión en los supuestos del art. 238.2 del borrador de reglamento, alegando que no pueden porque la expulsión está pendiente de revisión judicial. Esta forma de proceder es contraria a



derecho y muy lesiva para el extranjero porque desemboca en la denegación de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a pesar de cumplir todos los requisitos y a pesar de lo previsto en el a. 238.2 del Reglamento.

CAPÍTULO III. Aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa

SECCIÓN 1ª. Normas procedimentales para la imposición de la expulsión.

Propuesta de traslado de toda la sección:

Esta debería ser la sección 2ª

Motivación .La sanción general en nuestro ordenamiento legal de extranjería es la multa procediendo la expulsión, en todo caso, en segundo término.

Artículo 239. Supuestos en que procede el procedimiento de expulsión

Propuesta de modificación del título:

Supuestos en que procede la sanción de expulsión.

Motivación. Mejora técnica. La expulsión es una sanción, el procedimiento puede ser ordinario o preferente.

Se propone la siguiente modificación:

1. perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

Asimismo, constituirá sanción de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Motivación: Para acabar de una vez por todas con las dudas suscitadas sobre la naturaleza sancionadora de la expulsión por haber sido condenado, que lleva aparejada igualmente prohibición de entrada, cuya naturaleza sancionadora es clara y ha sido declarada por el TSJ Andalucía y se tramita por el procedimiento preferente.

Además, en correspondencia con lo establecido en el art. 57, apartados 1 y 2 LOEX.



Artículo 240. Contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión

Se propone modificar la rúbrica del artículo 240:

Contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento en que se proponga la expulsión.

Motivación: En coherencia con lo anterior, la expulsión es una sanción, el procedimiento puede ser ordinario o preferente.

Artículo 241. Medidas cautelares en el procedimiento de expulsión

Se propone la siguiente modificación:

1. De conformidad con lo previsto en los artículos 55.5 y 61 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el instructor podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurarla eficacia de la resolución que pudiera recaer.

Motivación: El artículo 55 es muy amplio, sólo contempla medidas cautelares el art. 55, apartado 5.

Artículo 242. Contenido y efectos de la resolución del procedimiento de expulsión **De aclaración**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza.

Se entiende conveniente que se especifique a que penas de falta o de distinta naturaleza a la privativa de libertad se refiere y a que extensión de la misma...

Motivación. Conforme a la redacción actual, se puede llegar a conclusiones desorbitadas cuando el extranjero expedientado haya sido condenado por la comisión de una falta de carácter leve que lleve aparejada la imposición de una pena de multa, trabajos en beneficio a la comunidad, o localización permanente, así como las meramente accesorias. Entendiéndolo del todo contrario a los principios administrativos más básicos, como puede ser el de proporcionalidad, o daño causado.

Se propone la siguiente adición:

2. Cuarto párrafo: Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada en caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente, o revocará la prohibición de entrada impuesta si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión. Asimismo la revocará si abandona voluntariamente el territorio nacional tras la notificación de la orden de expulsión dictada en un procedimiento preferente.

Motivación. Carece de sentido no aplicar la posibilidad de revocación en caso de abandono voluntario tras la expulsión en el procedimiento preferente, ya que no siempre la ejecución es forzosa e inmediata aún cuando la Ley lo permite.



Se propone la siguiente modificación:

2. b) Mediante personación en la Misión diplomática u Oficina consular española en el país de origen o de residencia, en la que conste documentación acreditativa de que la salida de territorio español se produjo antes de la resolución del procedimiento sancionador o durante el plazo dado para el cumplimiento voluntario de la sanción impuesta o en los 10 días siguientes a la notificación de expulsión en el procedimiento preferente cuando el extranjero se encuentra en libertad.

Motivación. Ampliar la redacción, conforme a las enmiendas propuestas, incluyendo el procedimiento preferente.

Artículo 243. Ejecución de la resolución en el procedimiento de expulsión

Se propone la modificación de la rúbrica de este artículo:

Ejecución de la resolución en los procedimientos de expulsión.

Motivación. Dado que existen dos procedimientos: ordinario o preferente.

Se propone la siguiente modificación:

2. Tercer párrafo: Con carácter previo a la su finalización, el plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse o aplazarse, o la ejecución de la expulsión suspenderse, en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, tales como las recogidas en el artículo 64.2 de la Ley, o la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

Motivación. La redacción actual parece restringir lo previsto en el art. 64.2 de la LOEX.

5.: Párrafo segundo: Se propone la supresión

6.: Se propone la supresión

Motivación: Carecen de sentido tras lo previsto en el artículo 242.2, que regula lo mismo pero con más precisión jurídica. Además, la exigencia de que proceda de un país que exija visado para la aplicación no es justa si el extranjero abandona voluntariamente el territorio nacional.

Artículo 244. Extranjeros procesados o imputados en procedimiento por delitos o faltas

Párrafo 3º: Se propone la supresión

Motivación: La acreditación de los hechos sancionadores o penales no puede ser con las meras declaraciones de los interesados y por lo demás, si existe una declaración del juzgado o fiscalía, es evidente que consta, por lo que es totalmente innecesario el párrafo.

SECCIÓN 2ª. Normas procedimentales para la imposición de multa), arts. 246 a 249, debería trasladarse y pasar a ser la SECCIÓN 1ª.

Motivación: La sanción general en nuestro Ordenamiento jurídico de Extranjería es la multa y la expulsión sólo procede en segundo término.



CAPÍTULO VI. Centros de Internamiento de Extranjeros

Artículo 255. Ingreso en Centros de internamiento de extranjeros

Se proponen las siguientes modificaciones:

1. El juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, a petición del instructor del procedimiento, en el plazo de 72 horas desde aquélla, podrá autorizar su ingreso en centros de internamiento de extranjeros, en los casos a que se refiere el apartado 2 siguiente.

Motivación: Pues el artículo 62 LOEX sólo otorga esta competencia al instructor y a nadie más, por lo que es una extralimitación legal.

2. Siempre que no se pueda adoptar una medida menos gravosa para el interesado, se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

Motivación: Véase la motivación a las propuestas de modificación del artículo 232.5 en cuanto al carácter excepcional del internamiento de inmigrantes en situación administrativa irregular y conformidad con lo previsto en el a.62.1 de la LOEX.

PROPUESTA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 62 BIS, APARTADO 1 LETRA J) LOEX

j) A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.

Se propone la adición de:

La Administración elaborará, en colaboración en su caso con las organizaciones mencionadas a continuación, un folleto en varios idiomas con toda la información útil y actualizada de contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes. Este documento deberá entregarse a las personas extranjeras en el momento de su ingreso en el centro de internamiento, con el fin de que si lo estiman oportuno entren en contacto con dichas organizaciones.

Motivación: El derecho “etéreo” a entrar en contacto con estas entidades se concreta, entre otras cosas, en un documento que debe entregarse a la entrada en el CIE y que deberá contener información completa y actualizada. La propia Ley lo prevé.

PROPUESTA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 62 BIS, APARTADO 2 LOEX

Se propone la adición de:

Contemplar expresamente la posibilidad de que los servicios de asistencia social y de asistencia sanitaria se presten por parte de organizaciones privadas no gubernamentales, nacionales o internacionales, de protección de personas inmigrantes.

La prestación del servicio podría concretarse en estos aspectos:



I.- Actuaciones:

Intervención con todas las personas internas, en especial en la interpretación de lenguas, las relaciones con el exterior o la tramitación de documentos.

Mantenimiento o restablecimiento del contacto con la familia: tanto con familiares residentes en España como en el país de origen.

Mediación social concretada en:

- a) Favorecer el diálogo y la comprensión mutua entre los internos.
- b) Favorecer el diálogo y la comprensión mutua entre internos y autoridades.
- c) Prevención y/o reducción de posibles conflictos.
- d) Planificación y desarrollo de todo tipo de actividades.
- e) Realización de las gestiones necesarias para la eficacia de la actuación.
- f) Tramitación de documentación necesaria, en su caso.

II.- Obligaciones de la organización:

Llevar a cabo las acciones necesarias para el desarrollo de las actividades. Caso de existir una subvención, se entenderá cumplido el objeto de la misma cuando la organización beneficiaria acredite el destino de los fondos percibidos para dichas actividades.

Presentar la justificación correspondiente (memoria de actividades, justificación económica, etc).

Facilitar toda la información requerida por los órganos competentes, así como – en su caso - someterse a la normativa sobre supervisión, seguimiento y control de subvenciones.

Aportar personal cualificado para atender a las necesidades de las personas extranjeras ingresadas.

Asumir – para el caso de subvenciones - todos los gastos derivados de la contratación, afiliación a seguridad social y responsabilidad en que pueda incurrir el personal asignado por la organización.

Facilitar e impartir la formación necesaria al personal que vaya a ejecutar el programa de intervención. Asimismo, llevar la gestión de su desarrollo y proporcionar el equipamiento y los medios materiales necesarios con cargo – en su caso - a su propio presupuesto.

III.- Obligaciones de la Administración:

Acreditar al personal de la organización.

Facilitar espacios adecuados y diferenciados donde el personal de la organización pueda realizar las entrevistas y consultas individuales con privacidad y confidencialidad, así como lugares donde puedan desarrollar el trabajo administrativo.

Facilitar el libre acceso por parte de las personas ingresadas en el CIE a una atención individual, profesional e independiente proporcionada por la organización.



Motivación: Por una parte, ya la Exposición de Motivos del RD 167/2010 afirmaba que “Los extranjeros sometidos a internamiento tienen en cualquier caso una serie de derechos entre los que cabe citar los de recibir asistencia social y humanitaria, tanto por los propios servicios del centro como por parte de organizaciones públicas o privadas, gubernamentales o no gubernamentales, nacionales o internacionales de protección de emigrantes”.

Por otra, nos basamos en los precedentes en los que la asistencia se ha prestado y sigue prestando por organizaciones no gubernamentales, entre los que cabe citar:

El desarrollo de programas de asistencia integral desarrollado por Cruz Roja Española en el CIE de Madrid durante el ejercicio 2010, autorizado por RD 167/2010, de 19 de febrero (BOE de 20.02.2010), que concedía una subvención directa a favor de dicha entidad.

Las actuaciones llevadas a cabo por Cardinj en las instalaciones de la Isla de Las Palomas (Tarifa).

Artículo 255. Ingreso en Centros de internamiento de extranjeros

Se propone la siguiente modificación:

5. Tercer párrafo: La puesta en libertad podrá ser igualmente determinada por el juez que autorizó el internamiento, de oficio, **a instancia de parte o** del Ministerio fiscal.

Motivación: Por coherencia con el artículo 62.3 de la LOEX. Igualmente, en los mismos términos, se procederá a la puesta en libertad del extranjero en cuanto se tuviese conocimiento de la concurrencia de alguna de las circunstancias familiares o de vulnerabilidad señaladas en el apartado 2 de este mismo artículo.

Artículo 256. Situación de los extranjeros internos

Planteamos la necesidad de proporcionar al extranjero que sea puesto en libertad los medios necesarios para volver a su domicilio o lugar donde fue detenido.

Obligatoriedad de proporcionar al extranjero documento acreditativo de haber estado internado, así como del tiempo de privación de libertad.

Motivación: Se han detectado casos no infrecuentes en los que el extranjero es puesto en libertad sin los recursos mínimos para volver a su domicilio, lo cual tiene especial importancia habida cuenta que muchas personas detenidas residen en otras provincias o lugares distantes al del CIE.

Que el extranjero disponga en todos los casos de documentación que acredite su estancia en un CIE. Es un derecho de la persona interna recibir documentación escrita que justifique su privación de libertad pero es que además, disponer de dicha documentación escrita es muy importante para los extranjeros en futuros procedimientos de extranjería, así como a efectos médicos, laborales y otros.



TÍTULO XV. OFICINAS DE EXTRANJERÍA Y CENTROS DE MIGRACIONES

CAPÍTULO II. Los Centros de migraciones

Artículo 264. Ingreso en centros de migraciones

Ofrece demasiadas incertidumbres el hecho de que el ingreso en un CETI este determinado por las normas de funcionamiento interno del mismo; en la buena lógica administrativa es mas procedente que si los CETIS serán establecidos mediante Orden del Titular del Ministerio de la Presidencia, hubiese previamente una Orden reguladora de los mismos que los definiese, fijase su naturaleza y gestión, le atribuyera características funcionales, identificase a los beneficiarios, limitase la duración de la estancia, instase la colaboración con otras Instituciones o Entidades y previera su financiación.

De hecho los Centros de Acogida a Refugiados (CAR), han sido regulados por una Orden ministerial, por lo tanto el ingreso del extranjero en estos Centros se hará conforme a aquella y no según determinen las normas de funcionamiento interno de cada CAR.



DISPOSICIONES ADICIONALES

PROPUESTAS DISPOSICIONES ADICIONALES

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

Se propone la aclaración y, en su caso, supresión del párrafo tercero del apartado 3.

Motivación: No encontramos encaje de esta figura ni en la LOEX, ni en el desarrollo de la Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada dentro de un proyecto de cooperación al desarrollo financiado con fondos públicos.

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

Se proponen las siguientes modificaciones:

1. Segundo párrafo: "...la asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería será obligatoria para todos los solicitantes personas jurídicas. En el caso de las personas físicas dicha asignación será voluntaria, previa información de las consecuencias jurídicas de consentir y de señalar dicho medio como preferente. "

Motivación: El artículo 27.6 de la Ley 11/2007 de acceso electrónico, dispone que se podrá establecer la obligatoriedad de comunicarse con las administraciones públicas utilizando solo medios electrónicos cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos previstos.

Parece por tanto que se está pensando en colectivos que tengan un fácil acceso a estos medios, cosa que no ocurre con un número importante de personas migrantes. No hay que olvidar que la finalidad de esta ley es facilitar el acceso y que rige el principio de igualdad (Artículo 4.b de la ley 11/2007).

Que deba incentivarse o fomentarse este sistema es indiscutible para TODOS los ciudadanos, pero además en el caso de las personas extranjeras se debe proteger todavía más el acceso en condiciones de igualdad que no se daría de ser éste el sistema preferente, y más teniendo en cuenta las consecuencias, recogidas en el apartado siguiente con respecto a la notificación.

1. Tercer párrafo: "...que al interesado le reconoce el artículo 28.4 de la Ley 11/2007 pudiendo requerir a órgano correspondiente a que las notificaciones sucesivas NO se practiquen por medio electrónico."

Motivación: Parece más claro aclarar en que consiste ese derecho que se concede al interesado y aclarar también que puede declinar este sistema de notificación.

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

Se propone la supresión del apartado 1:

Motivación. La publicación por edictos no está recogida en absoluto en la Ley Orgánica de Extranjería, ni tampoco está establecida en este Anteproyecto y no carece de lógica porque nos encontramos ante procedimientos administrativos que por un lado exigen la presentación personal



del solicitante y cuyas notificaciones tienen una trascendencia vital para los mismos. No parece por tanto adecuado que ante la imposibilidad de notificación telemática se vaya a una publicación por edictos virtuales que pueden generar una gran indefensión jurídica, aunque solo se aplique a los que hayan optado por este método.

Disposición adicional octava. Legitimación y representación

Se propone redactar y añadir al apartado 1 de la Disposición adicional octava del Borrador la posibilidad que se indica:

En consonancia con lo dicho en el Punto 183 del Borrador del Dictamen, y referido a la exigencia de la personación del empleador o quien ostente la representación legal empresarial en la presentación de las solicitudes iniciales de trabajo y residencia por cuenta ajena,

- teniendo en cuenta la excesiva rigidez de tal exigencia y los problemas de orden práctica que ello ha ocasionado,
- tomando en consideración la necesaria distinción entre sujeto legitimado para formular la solicitud y la personación de dicho sujeto en el acto de presentación,

Debería contemplarse la posibilidad de que dichas solicitudes iniciales puedan ser presentadas también, al menos, por aquellos a quienes el empleador o quien ostente la representación legal empresarial les hayan otorgado un poder notarial al efecto o de carácter general.

Disposición adicional novena. Normas comunes para la resolución de visados y Disposición adicional décima. Procedimiento en materia de visados

Se propone que sean trasladadas como TÍTULO III bajo el epígrafe: RÉGIMEN DE VISADOS

Motivación: En estas DA se establecen las cuestiones troncales en materia de visados que posteriormente se aplicarán a cada uno de los procedimientos. Parece adecuado que se encuentre antes y no al final del texto, ya que son normas comunes a TODOS.

Disposición adicional decimoquinta. Cobertura de puestos de confianza.

Se propone la siguiente redacción:

Párrafo segundo: Asimismo, tendrán la misma consideración los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión. Estos trabajadores deben poseer acreditada experiencia en la realización de dichas funciones o haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que puede estar integrada esta última.

Finalmente, se considerará en todo caso que ocupan puestos de confianza las personas extranjeras empleadas en el sector ocupacional del Empleo Doméstico.



Motivación: Entendemos que, por las características de los puestos de empleo doméstico, no hay en todo el mercado laboral otro puesto que exija una mayor confianza en la persona que lo desempeña, quien estará en el ámbito privado y familiar de quien emplea.

De hecho, esa fue la causa por la que se concibió fuera del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, la interpretación que normalmente se hace del “puesto de confianza” es de personas en puestos directivos, de alta cualificación, excluyéndose - con un sesgo económico y de género - a las mujeres (generalmente son *ellas*), en su mayoría extranjeras que desempeñan un trabajo reconocido como tal por la legislación española.

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

Se propone la supresión

Motivación: Tal y como está redactado el esfuerzo de integración, más que un contenido mínimo, nos encontramos ante un contenido de máximos, la forma de acreditar el esfuerzo de integración del extranjero está excesivamente reglada y será inasumible por una parte importante de la población extranjera, como son madres de familia al cuidado de muchos hijos, personas que viven en localidades pequeñas, donde la integración se da de una forma muy natural y auténtica, pero que no tendrán acceso a formación...

Tanta rigidez impedirá de hecho cumplir la finalidad de valorar el esfuerzo de integración en aquellos supuestos recogidos en el Reglamento.

Si además restringimos y establecemos una nueva certificación de actuaciones de formación específica “para el esfuerzo de integración” estaremos creando una nueva barrera que hoy por hoy no existe condicionando la participación de la población migrante en actividades de formación para toda la comunidad.

Disposición vigésimo tercera. Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

El Foro propone modificar la redacción del párrafo primero de esta Disposición Adicional y en lugar de “..... otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo..” diga: .. de un Estado....”

Motivación: En la redacción de los supuestos a los que parece intenta amparar esta adicional no se menciona a quienes, en la mayoría de los casos por razones imputables a la propia Administración general del Estado, aun estando casados con ciudadano de un Estado miembro de la UE, y particularmente español, no pueden ejercitar su derecho a la reagrupación familiar o su documentación en España por el hecho de que su matrimonio no ha sido aún inscrito en el Registro Civil español.

Se da la circunstancia de que un ciudadano que haya adquirido en fecha reciente la nacionalidad española y haya solicitado de forma inmediata la inscripción de su matrimonio, celebrado con anterioridad y no en España ni con ciudadano español, tenga que esperar una



media de un año / un año y medio antes de disponer de dicha inscripción y, por ello, estar en peor condición que cuando era extranjero para poder reagrupar a su cónyuge.

Porque lo anterior supone un agravio comparativo y un peor derecho que carece de fundamento alguno, se propone que se incluya este supuesto entre los recogidos en esta Disposición, que adolece de concreción respecto a los procedimientos previstos para la tramitación y concesión de tales autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales.

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

Se propone la modificación del título: Extensión de Identificación y protección de las víctimas de trata.

Motivación: Es necesario aclarar que es una extensión de la protección a las víctimas familiares de comunitarios o de españoles, porque si no se entiende que esté en una DA y no en el propio articulado.

CONCLUSIÓN

Informa el borrador 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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.*

Madrid, 4 de marzo de 2011

La Secretaria

Vº Bº
El Presidente

María Joaquina Larraz Mompó

Joaquín Arango Vila-Belda