nº 7 (2º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Inmigración y mercado de trabajo. La reforma de la normativa española en materia de extranjería

Immigration and labour market. The reform of the spanish regulations on foreigners

Eduardo Rojo Torrecilla *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Autónoma de Barcelona[1]
https://orcid.org/0000-0002-7840-6532

Cita Sugerida: ROJO TORRECILLA, E. «Inmigración y mercado de trabajo. La reforma de la normativa española en materia de extranjería». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 7 (2023): 41-66.

Resumen

El presente artículo centra su atención en las reformas efectuadas en la normativa española de extranjería por el Real Decreto 629/2022 de 26 de julio, y su normativa de desarrollo. Tras unas consideraciones generales sobre la importancia de las reformas llevadas a cabo desde el inicio de la crisis sanitaria de 2020, y del conocimiento de cuáles son los datos estadísticos más recientes sobre la población trabajadora migrante en España, se pasa al examen de las novedades más importantes introducidas por el RD 629/2022, en especial en la situación nacional de empleo y en la nueva regulación del arraigo por la formación. Las Instrucciones núm. 1/2022 y la Orden de 29 de diciembre sobre contratación en origen son explicadas más adelante, cerrando el artículo analizando cuáles son los retos pendientes y formulando algunas preguntas para un próximo debate.

Palabras clave

Inmigración; trabajador extranjero; empleo; Tribunal Constitucional; legislación.

Abstract

This article focuses on the reforms made to Spanish immigration regulations by Royal Decree 629/2022 of July 26, and its implementing regulations. After some general considerations on the importance of the reforms carried out since the beginning of the health crisis of 2020, and the knowledge of the most recent statistical data on the migrant worker population in Spain, we examine the most important novelties introduced by RD 629/2022, especially in the national employment situation and in the new regulation of the training roots. The Instructions No. 1/2022 and the Order of December 29 on hiring at origin are explained further on, closing the article by analysing what are the pending challenges and formulating some questions for a future debate.

Keywords

Immigration; foreign worker; employment; Constitutional Court; legislation.

1. INTRODUCCIÓN[2]

El 26 julio de 2022 se aprobaba por el Consejo de Ministros el Real Decreto 629/2022 "por el que se modifica el 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, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril".[3]

[1] Fecha de finalización del artículo: 20 de marzo de 2023.

[2] El artículo es esencialmente de análisis del marco normativo. Al final, se encuentra una amplia bibliografía de la doctrina jurídica, principalmente laboralista, con la que las personas interesadas podrán ampliar el conocimiento de aquel.

[3] La disposición final disponía que el texto entraría en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, es decir el 16 de agosto, "excepto lo previsto en el apartado noveno, a través del que se suprimen los artículos que integran el capítulo IV Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, que entrará en vigor un año

Fecha Recepción: 20/03/2023- Fecha Revisión: 31/03/2023- Fecha Aceptación: 31/03/2023
Págs. 41-66

En la nota de prensa en la que se daba cuenta de dicha aprobación se efectuaba una breve síntesis de su contenido, destacándose primeramente los defectos de la normativa vigente y enfatizando que las modificaciones normativas perseguían "favorecer la incorporación al mercado laboral de las personas que se encuentran en España, reforzar las vías de migración regular y mejorar el sistema de gestión". En apoyo de la bondad de la norma se resaltaba que el proyecto sometido al preceptivo Dictamen del Consejo de Estado había recibido su aval (eso sí, aun cuando no se dijera en la nota, con dos modificaciones de obligado cumplimiento y con alguna sugerencia para su mejor aplicación que no fue tomada en consideración), ya que Consejo manifestaba en el Dictamen, emitido por su Comisión Permanente el 14 de julio[4], que contribuiría a "mejorar la situación jurídica de muchos inmigrantes y a luchar contra la lacra de la economía sumergida".

La Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptaban medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, abrió el camino, aunque fuera de forma involuntaria por la gravedad de la situación vivida en aquellos momentos, a la reforma de la normativa de extranjería. El RD 629/2022, y su normativa de desarrollo, la completa desde la perspectiva jurídica laboral, es decir sobre los mecanismos de regulación del acceso regular al trabajo de la población extranjera extracomunitaria, de la que destacaré sus contenidos más relevantes y las dudas e interrogantes que surgen, o al menos que me han surgido

Soy del parecer que el RD 629/2022 culmina un período de reformas que se inició poco después del inicio de la crisis sanitaria, con sus devastadoras consecuencias económicas y sociales, y que siguió durante más de dos años con sucesivas modificaciones del Reglamento de extranjería por la vía, primero, de la adopción de Instrucciones por las autoridades competentes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSMI), tanto para flexibilizar algunos requisitos en punto a facilitar los procesos de reunificación familiar como también para tomar en consideración la jurisprudencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo sobre los requisitos a cumplir para acceder al arraigo laboral, y después por la modificación del RD 557/2011para atender la problemática especial de los menores no acompañados y de los jóvenes extranjeros extutelados.

Es decir, la reforma no se ha producido sólo para dar respuesta a aquellas necesidades del mercado de trabajo que el gobierno ha considerado necesario llevar a cabo, sino que se inserta en un proceso más amplio de cambios legales en la política de extranjería que han sido consecuencia de la crisis sanitaria primeramente y de nuevos criterios jurisprudenciales después y que han llevado a flexibilizar las vías de permanencia regular en España para evitar situaciones, en especial, de irregularidad sobrevenida.

Ya adelanto que comparto su objetivo (cuestión distinta es cómo y de qué manera pueda alcanzarse), cuál es el de favorecer la situación regular de las personas migrantes en España y facilitar que quienes se encuentran en situación irregular, eso sí siempre que cumplan los requisitos, que no son poca cosa, de acreditar "la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos

después de la publicación en el BOE". Buena parte de esa derogación diferida en el tiempo guardaba relación a mi parecer con las disposiciones transitorias de la reforma laboral operada por el Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, aun cuando la lectura del RD 629/2022 y de la posterior Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre permitirá comprobar que algunos de los contenidos de los preceptos derogados se han incorporado en los relativos a la gestión de las contrataciones en origen.

[4] "El Consejo de Estado considera que el proyecto constituirá una considerable mejora en la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en España https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-1175 (consulta: 3 de marzo)

años" y acreditar "de forma acumulativa" los requisitos recogidos en el nuevo apartado 4 del art. 124, puedan por una parte evitar que se les aplique la normativa de expulsión del territorio nacional, y por otra acceder de forma regular al mercado de trabajo[5].

El texto se centra en la política migratoria española y su relación y articulación con nuestro mercado de trabajo[6], sin olvidar evidentemente que impacta sobre esta la realidad social y la normativa a escala internacional[7], y la europea, con especial atención para esta última al Pacto europeo de migración y asilo[8]. Cabe añadir, mirando al inmediato futuro, que en el Plan anual normativo 2023, presentado por el gobierno el 31 de enero[9], está prevista la aprobación de un nuevo Real Decreto con el que se pretende "Introducir las modificaciones necesarias en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2021/1883 en lo referente a las excepciones a

[5] En un artículo, ya muy lejano en el tiempo, publicado en la Revista de Fomento Social, núm. 187 de 1992 sobre "La problemática de la inmigración y su tratamiento jurídico en España", afirmaba que "... he destacado como España ha pasado en pocos años de ser un país de emigración a otro de inmigración, aun cuando el número de inmigrantes hoy sea sensiblemente más reducido que en la mayor parte de países comunitarios...". https://revistadefomentosocial.es/rfs/article/view/2840 (consulta: 5 de marzo).

[6] El debate sobre la política migratoria del gobierno español, y por tanto su incidencia sobre el mercado de trabajo, estuvo presente en el Congreso de los Diputados con ocasión de la presentación de los presupuestos para 2023 de la Secretaria de Estado de Migraciones, Sra. Isabel Castro, en sesión celebrada el 20 de octubre en la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en la que expuso los principales objetivos para 2023, que serán "continuar con el desarrollo de la reforma del reglamento de extranjería, con la puesta en marcha de la unidad de tramitación de expedientes de extranjería; trabajar en la mejora de la gestión y homogeneización de los criterios de la extranjería en España; poner en marcha proyectos de migración circular con nuevos países, y trabajar en vías de migración regular, ordenada y segura; favorecer el desarrollo de proyectos vinculados al arraigo para la formación; el desarrollo de la reforma y garantía adecuada de las novedades. También tiene como objetivo aplicar adecuadamente los cambios normativos que afectan a la unidad de grandes empresas y colectivos estratégicos, como la Ley de startups y la creación de la figura de los nómadas digitales, y la aplicación de la trasposición de la directiva Blue Card. En el año 2023 también se va a desarrollar el reglamento de los españoles en el exterior". https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-786.PDF (consulta: 6 de marzo).

[7] *Vid*. "La migración laboral temporal: desentrañar sus complejidades", a cargo del Servicio de Migraciones Laborales (MIGRANT) del Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad (WORK- QUALITY), bajo la dirección de las respectivas responsables Michelle Leighton y Manuela Tomei, siendo sus autoras Fabiola Mieres y Christiane Kuptsch (consulta: 2 de marzo). De sus conclusiones, me interesa resaltar, por su muy directa relación con la normativa laboral y de protección, una tesis que es a mi parecer de especial importancia: "Dado que la migración laboral temporal ha ido en aumento, es imperativo idear soluciones de políticas que puedan colmar los déficits de protección que se derivan de la discordancia entre las normas de admisión y las del mercado laboral. La legislación laboral es la que garantiza el acceso a las instituciones del mercado de trabajo y condiciona las medidas de integración, y observamos que las leyes de inmigración que se aplican a los inmigrantes temporales tienden a situarlos al margen de la legislación laboral nacional, creando una "realidad paralela" en el mercado de trabajo. Al crear condiciones jurídicas migratorias temporales, la legislación en materia de inmigración influye en la cobertura de la legislación laboral y en el alcance de las instituciones del mercado de trabajo, distorsionando la relación laboral y mermando la protección de los trabajadores inmigrantes frente a los nacionales. Por lo tanto, es primordial resolver esta discordancia mediante mecanismos que den coherencia a las políticas".

[8] La pregunta que nos podemos hacer es ¿hacia dónde va dicha política migratoria? Mi respuesta es que camino mucho más hacia un fortalecimiento de mecanismos de control, que no de posibilitar el acceso o vías de migración regulares. Ejemplo palmario de ello son a mi entender las conclusiones del Consejo Europeo celebrado el 9 de febrero y que dedican una amplia parte de su contenido a la migración, y basta ahora señalar que entre ellas se incluye que el Consejo "d) pide a la Comisión que financie las medidas que adopten los Estados miembros destinadas a contribuir directamente al control de las fronteras exteriores de la UE, como proyectos piloto relativos a la gestión de fronteras, así como las destinadas a contribuir a la mejora del control fronterizo en países clave situados en rutas de tránsito hacia la Unión Europea", y "e) pide a la Comisión que movilice de inmediato fondos y medios de la UE considerables para apoyar a los Estados miembros en el refuerzo de las capacidades e infraestructuras de protección fronteriza, los medios de vigilancia, en particular la vigilancia aérea, y los equipos. En este contexto, el Consejo Europeo invita a la Comisión a que ultime con prontitud la Estrategia de Gestión Europea Integrada de las Fronteras". https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2023-INIT/es/pdf (consulta: 9 de marzo)

[9] https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/2023/310123-PAN2023.pdf (consulta: 2 de marzo)

la aplicación del estatuto de residente de larga duración-UE y a la expedición de autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados por los titulares de la tarjeta azul-UE independientes de la del reagrupante".

2. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE LA POBLACIÓN MIGRANTE TRABAJADORA EN ESPAÑA

Antes de analizar el marco jurídico, es necesario conocer de qué realidad hablamos, para poder después valorar cómo puede incidir la reforma en esta. Por ello, me detengo a continuación en la explicación de algunos datos de muchos interés sobre cuál es la composición de la población migrante, primero en general y después específicamente trabajadora, en España.

2.1. Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor

Los últimos datos disponibles son de 30 de junio de 2022[10].

En cuanto a los nacionales de terceros países "salvo que les sea de aplicación el Régimen Comunitario", en tal fecha había un total de 2.520.176, con un incremento de 7 % en variación semestral (42 % de la población extranjera total, 6.246.130) La edad media es de 35,1 años. Por sexo, el 45,5 % son mujeres y el 54,5 % hombres.

La población marroquí es la primera en este régimen y la segunda en el conjunto de todas las nacionalidades, con 766.070 personas, representando el 30 % del total de la población de este régimen. A bastante distancia siguen los chinos (227.261, 9 %), ucranianos (208.310, 8 %), venezolanos (122.465), ecuatorianos (119.565 %), colombianos (101.799), y paquistaníes (86.219).

Por continentes, el peso porcentual de los ciudadanos de Iberoamérica ha disminuido considerablemente como consecuencia de la adquisición de la nacionalidad española por un importante número de tales ciudadanos, de tal manera que queda en el 28,0 %, bastante por detrás del africano, (41,0 %), pero por delante del asiático (18,0%).

Las Comunidades Autónomas de Cataluña, Madrid, Andalucía y Comunidad Valenciana agrupan a cerca del 68 % de los extranjeros del régimen general. Las provincias de Barcelona y Madrid reúnen el mayor número de población extranjera, concentrando al 35, % del total de residentes de este régimen, y con Murcia, Alicante y Valencia superan el 50 %.

Destaca el peso de la población extranjera en edad laboral, ya que el 80 % de la población se encuentra en edades comprendidas entre 16 y 64 años, mientras que el resto se concentra mayoritariamente en la población menor de 16 años (16,0), con una presencia residual (4,0 %) de los mayores de 65 años.

De los extranjeros del régimen general, el 71 %, es decir 1.788.632 personas, disponen de autorización de residencia de larga duración (con un elevado porcentaje, superior al 49 y 28 % de ciudadanos africanos y de América Central y del Sur, destacando que los colectivos más numerosos son los nacionales de Marruecos, China y Ecuador,). Las autorizaciones temporales (731.544) suponen el 23 %.

[10] https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/estadisticas/operaciones/con-certificado/202206/Notaanalisis.pdf , publicados por el Observatorio Permanente de Inmigración el 17 de noviembre (consulta: 9 de marzo).

De las autorizaciones de residencia temporal, 198.658 (27 %) son de trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia, y otro tipo de autorizaciones (como tarjeta azul UE y para investigación); 123.006 son por reagrupación familiar (17 %), 265.294 por residencia no lucrativa (9,0), y 236.970 por circunstancias excepcionales (arraigo, razones humanitarias y otras) (32 % %). El incremento del último colectivo se debe mayoritariamente a la concesión de autorización de residencia temporal por protección internacional (14 %), mientras que el incremento de los motivos laborales y familiares ha sido del 11 y 4 % respectivamente.

A 30 de junio de 2022, 141.376 personas tienen autorización de residencia inicial. Se produjeron 97.855 modificaciones, 129.328 de primera renovación y 24.432 de segunda, y 338.520 autorizaciones por circunstancias excepciones (arraigo, razones humanitarias y otras).

2.2. La población extranjera en el mercado de trabajo. Informe SEPE

Me detengo ahora en los datos laborales de toda la población trabajadora migrante (comunitaria y extracomunitaria), y acudo al Informe del mercado de trabajo de los extranjeros 2022[11] del que recojo los datos de número de contratos.

"El número de contratos registrados en los servicios públicos de empleo en el año 2021 fue de 19.384.359, de los que 3.946.543 correspondieron a trabajadores extranjeros. El peso de este colectivo en el total de la contratación en 2021, fue del 20,36 %.

Las principales características de las personas extranjeras contratadas se corresponden con personas no procedentes de la Unión Europea, el 73,38 % de los contratos; por sexo, el 62,73 % eran hombres; por tramos de edad, el grueso de la contratación en el colectivo se da en la franja de entre 25 y 44 años; y, en relación al nivel formativo, mayoritariamente se contrató a trabajadores que tenían estudios primarios o no acreditados"

Entre las modalidades de contratación temporal el contrato por obra o servicio fue el más utilizado, seguido del eventual por circunstancias de la producción. Por consiguiente, el impacto de la reforma laboral operada por el RDL 32/2021, como después expondré al examinar la normativa de desarrollo del RD 629/2022, ha sido muy importante al haber derogado la primera modalidad contractual citada.

2.3. Afiliación a la Seguridad Social

Disponemos, cuando redacto este artículo de los datos detallados de afiliación media de la población extranjera a la Seguridad Social del mes de febrero[12], un total de 2.466.243 personas afiliadas, de las que 832.648 eran de países UE (445.949 hombres y 386.699 mujeres), y 1.633.595 de países no UE (938.456 hombres) y 695.139 mujeres). El 43,9% son mujeres. meses se ha producido un incremento de 207.573. Según países de procedencia, el 33,8% son de países UE.

En el régimen general de la Seguridad Social (y poniendo de relieve que las incorporaciones del régimen agrario y del personal al servicio del hogar familiar suponen el 33,05 y 45,15 %, del total de la afiliación en su sector, respectivamente) destaca el número de afiliados en el sector de la

[11] https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-extranjeros (datos 2021) , publicado por el Observatorio de las ocupaciones del MITES (consulta: 9 de marzo) .

[12] https://www.inclusion.gob.es/web/guest/w/la-seguridad-social-registra-17.478-afiliados-extranjeros-mas-en-febrero (consulta: 17 de marzo).

hostelería, que ocupa a 311.827 (24,63%), de las cuales 87.019 son de países no UE, y que ocupa la primera posición. En el régimen especial de trabajadores autónomos, destaca la presencia del sector del comercio y reparación de vehículos a motor y bicicletas (98.712, 14,25%, siempre sobre el total de la afiliación en el sector.

2.4. La inmigración laboral en España según la Encuesta de Población Activa

Disponemos de los datos de la EPA del cuarto trimestre de 2022[13].

La población activa extranjera estaba integrada por 3.304.800 personas, con 2.688.600 ocupadas y 616.200 desempleadas, mientras que 1.481.000 personas estaban conceptuadas como inactivas. El número de personas extranjeras de 16 y más años asciende a 4.785.700.

La tasa de actividad es del 69,05%, 11,96 puntos superior a la de la tasa de la población activa española (57,09%). La tasa de desempleo de la población extranjera es del 18,65%, es decir, 6,72 por encima de la española (11,93%).

3. LA REFLEXIÓN JURÍDICA. EL IMPACTO DEL CAMBIO OPERADO EN EL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA Y NORMAS DE DESARROLLO

3.1. La importancia de la lejana, y que sigue siendo plenamente válida, jurisprudencia del TC de 2007

Formulo en primer lugar una reflexión de carácter general. La normativa laboral española, y por consiguiente su aplicación a la población trabajadora migrante, debe ser interpretada por las sentencias del TC núms. 236 y 259, de 7 de noviembre y 19 de diciembre de 2007[14], respectivamente, que consideran como trabajador a toda persona que presta una actividad que cumpla los requisitos del art. 1.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, con independencia de su situación administrativa. Repaso a continuación brevemente sus contenidos, antes de entrar en el examen de la reforma del Reglamento de Extranjería.

A) La sentencia núm. 236/2007 se dictó con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

En la sentencia se plantea por primera vez ante el TC "la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España". El alto tribunal realiza, a mi parecer, una interpretación muy amplia del reconocimiento de determinados derechos constitucionales (como por ejemplo los de reunión, asociación, sindicación, acceso a la justicia gratuita y a la escolaridad no obligatoria) para los inmigrantes en situación irregular partiendo del planteamiento constitucional de que "la dignidad de la persona, como "fundamento del orden político y la paz social" (Art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional

[13] https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0422.pdf , publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 26 de enero (consulta: 6 de marzo).

[14] https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2007-21162 y https://boe.es/boe/dias/2008/01/22/pdfs/T00050-00058.pdf (Consulta: 2 de marzo).

se impone a todos los poderes, incluido el legislador", si bien inmediatamente a continuación recuerda que "ello no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como "marco de coincidencias" (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7) que permite distintas legislaciones en materia de extranjería".

Es decir, y siempre con palabras del TC, "el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre".

Por ello, el TC no declara la nulidad de determinados preceptos cuya inconstitucionalidad afirma en la sentencia, ya que "la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional".

B) La sentencia núm. 259/2007 se dicta con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la misma Ley recurrida en la sentencia anterior.

En el fundamento jurídico 6, el TC analiza en primer lugar el contenido constitucional del derecho de huelga, y después argumenta sí la limitación establecida por la LO 8/2000 para el ejercicio de ese derecho por los extranjeros respeta su contenido esencial de ese derecho interpretado, ex. art. 10.2, a la luz de los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España.

La sentencia enfatiza, con cita de varias anteriormente dictadas y con referencia especial a la primera y más importante, la núm.11/1981 de 8 de abril, la consideración del derecho de huelga como un derecho subjetivo del trabajador, que en el marco del Estado social y democrático de derecho puede ser utilizado legítimamente como medio de defensa de "los intereses de los grupos y estratos de la población socialmente dependientes", derecho que puede ejercerse (modelo político-profesional) para reivindicar "mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo", y que también puede suponer "una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos". A continuación la sentencia recuerda la estrecha conexión de los dos derechos fundamentales del artículo 28.2, ya que el derecho subjetivo se ejerce en el marco de una acción colectiva y concertada puesta en marcha por los representantes de los trabajadores y por sus organizaciones sindicales.

Expuesta esta consideración de derecho subjetivo del trabajador para la defensa de sus intereses, que no pueden reducirse al ámbito estrictamente contractual, y a la estrecha conexión del derecho a la huelga con el derecho de libertad sindical, el alto tribunal utiliza el criterio literal de la norma enjuiciada, el art. 28. 2 de la CE, que refuerza con la referencia al texto que, aun muy depurado por el TC sigue estando en vigor como es el Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, para defender que en el reconocimiento del derecho subjetivo a la huelga de los trabajadores "no se realiza distinción alguna en cuanto a los sujetos titulares del derecho", y se considera como medio legítimo defensa de los intereses de los trabajadores, ya que "lo reconoce de manera general a todos ellos".

El TC va más allá, y defiende que la dicción del art. 36.3 de la LO 8/2000 (y mucho más a mi parecer a partir de la redacción incorporada por la LO 14/2003) sienta el criterio de que la carencia de autorización para trabajar "no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos de los trabajadores extranjeros", y que tales derechos deben ser protegidos con independencia de la situación administrativa del trabajador, ya que los derechos básicos regulados en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 4.1) "no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en que puede encontrarse en un momento determinado, sino por el solo hecho de ser trabajador".

Tras argumentar sobre la concepción más amplia de aquello que puede entenderse por "intereses de los trabajadores" que por "derechos de los trabajadores", y recordar que la protección constitucional (y también de la mayor parte de las normas internacionales y comunitarias que regulan este derecho y que han sido examinadas en la sentencia) hace justamente referencia a los intereses, el TC concluye que el derecho a la huelga se atribuye a quienes ("trabajadores") presten servicios retribuidos por cuenta ajena (ex. Art. 1.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores), aún sin contar con los preceptivos permisos legales.

Dado que un interés de los trabajadores en situación irregular (en el modelo político-profesional del derecho de huelga) puede ser intentar regularizar su situación, justamente para poder ejercer sus derechos en plena igualdad (y no solamente formal) de condiciones que los restantes trabajadores, el TC concluye que debe protegerse ese interés, y de ahí "que no declara su nulidad, la restricción del derecho a la huelga de los trabajadores extranjeros sólo "cuando estén autorizados para trabajar", ya que el derecho de huelga, ex. Art. 28.2 CE y las normas internacionales y comunitarias, se reconoce a "los trabajadores", y ninguna de las posibles restricciones previstas en n dicha normativa guardan relación ni con la nacionalidad ni con la situación administrativa a efectos laborales de la persona que trabaja".

3.2. Luces y sombras de la reforma reglamentaria de 2022[15]

3.2.1. Notas sobre la Memoria del Análisis Normativo

Me detengo en primer lugar en el examen de la "Memoria del análisis de impacto normativo del Real Decreto por el que se modifica el 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, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril[16].

Desde la perspectiva más estrictamente laboral, la Memoria nos aporta una información de indudable interés para después entender mejor la redacción de las modificaciones normativas propuestas. Se reconoce que la reforma en materia de contratación operada por el RDL 32/2021 de 28 de noviembre afecta a la de extranjería, "al no existir contratos de esas características" en relación con las autorizaciones de trabajo, y plantea una reforma basada en tres puntos centrales:

En primer lugar, "la creación de un nuevo modelo de gestión colectiva de contratación en origen", cuya redacción me hace pensar que no encontramos ante el deseo de potenciar la figura del trabajado o trabajadora extranjera fija discontinua, con la obvia diferencia con respecto a la

[15] Una visión muy crítica de la reforma puede leerse en el artículo de la Vicesecretaria general de la UGT Ana María Corral, "La desintegración de la política migratoria laboral". UGT memoria Social 2021, pp. 117-118 (consulta: 5 de marzo), con una dura crítica a que el MISSMI sustrajera la modificación del Reglamento a la negociación del diálogo social, y manifestando que el contenido del Real decreto, en fase de borrador, fue conocido por los interlocutores sociales "a través de un medio de comunicación".

[16] https://ep00.epimg.net/descargables/2022/06/03/c9644e73cb3f546fed2decaf072ecb9e.pdf (consulta: 9 de marzo).

población que reside en España de que debe abandonar nuestro país al finalizar la temporada para poder reincorporarse en una nueva, y con un "premio de fidelidad" añadido para poder solicitar, transcurridos cuatro años, una autorización de residencia y trabajo por dos años. Que quienes han redactado la norma tenían como punto de referencia el art. 16, modificado, de la Ley del Estatuto de los trabajadores, se constata cuando se procede a la regulación de una "autorización plurianual, de cuatro años de autorización, que habilita exclusivamente a trabajar, no a residir, durante un máximo de 9 meses en un periodo de 12 meses, y en único sector, debiendo el trabajador retornar tras la finalización del periodo anual de trabajo". Como veremos más adelante, esa es la regulación contenida en la normativa sobre contratación en origen para 2023.

En segundo lugar, se modifica la regulación de la figura excepcional por arraigo social, con la incorporación de una cláusula que manifieste que se respeta el salario mínimo interprofesional, eliminándose que el contrato o contratos tengan una duración mínima de un año tal como preveía la normativa entonces vigente.

En tercer lugar, la jurisprudencia de la Sala contenciosa-administrativa del Tribunal Supremo obliga a efectuar modificaciones en la acreditación de las situaciones de regular idad e irregularidad de la persona trabajadora a los efectos de poder solicitar el arraigo laboral. Es una medida que interesará especialmente a las autoridades laboral, y me parece que afectará de forma más concreta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La reforma, después concretada en el borrador de RD, se explica en estos términos: "que la figura del arraigo laboral se centra exclusivamente en este supuesto, la acreditación de haber permanecido en España durante al menos dos años, en los que la persona ha tenido una experiencia laboral regular, que ha supuesto como mínimo una actividad de jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses, o 15 horas semanales en un periodo de 12 meses".

Guarda directa relación con las modificaciones introducidas en la regulación del arraigo laboral la derogación del capítulo VI del Título IV del RD 557/2011, por el que se regulan las autorizaciones de duración determinada , por ser incompatible con la regulación en materia de contratación operada por el RDL 32/2021, y una nueva prueba de la potenciación deseada de la figura de la trabajadora o trabajador migrante fija discontinua es la manifestación de que "El régimen de migración circular previsto en el Título VIII tras la actualización operada por este real decreto ofrece instrumentos suficientes para que el tipo de autorizaciones de temporada o campaña sean tramitados conforme a estos preceptos". No obstante, se trata de una derogación diferida en el tiempo, ya que no tendrá lugar hasta transcurrido un año desde la entrada en vigor del futuro RD, que se produciría (disposición final segunda) a los veinte días de su publicación en el BOE.

Muy importante, de toda la reforma es la figura del arraigo para la formación, que permitirá solicitar la autorización por residencia y una vez superada la formación podrá solicitarse la de trabajo por un periodo de dos años y siempre que se aporte un contrato de trabajo, donde nuevamente se plantea cuál puede ser, y que de acuerdo a la reforma laboral debería ser de carácter indefinido a mi parecer.

La exquisita prudencia de quienes han redactado la norma para que no se califique esta medida de regularización se observa cuando en la Memoria se pone primero el acento, cuando se procede a su explicación, en que "permitirá... la incorporación en el mercado laboral en sectores especialmente deficitarios, y pretende facilitar el acceso de personas con esta formación a puestos de trabajo de difícil cobertura que puedan requerir formación previa", siguiendo después una manifestación en la que queda muy claro que se persigue la regularización de una parte, al menos, de esa población irregular, ya que no de otra forma debe entenderse a mi parecer la manifestación de que "De forma paralela a esta iniciativa, este reglamento favorece la continuidad de la estancia regular de personas

ya incorporadas al mercado de trabajo, *facilitando la renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena*, eliminando el carácter acumulativo de los requisitos previstos en el artículo 72 para la renovación de la misma" (la negrita es del original).

En fin, la futura norma pretende avanzarse a las críticas sobre el incremento de la irregularidad que pudiera significar, por las medidas tendentes a facilitar el aumento de la población migrante, basándose en que las reformas que pretenden operarse en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura implicará que "... Personas de media y baja cualificación que hasta la fecha no tenían vías viables de venir a España con un contrato de trabajo, y se veían ante la coyuntura de transitar por la situación de irregularidad y acceder a ese objetivo a través del arraigo, podrán gracias a esta reforma venir a España de manera regular, ordenada y segura, y con el objetivo de cubrir un puesto que objetivamente era demandado por una empresa española".

3.3. Modificaciones operadas en la reforma del Reglamento de Extranjería por el RD 629/2022 de 26 julio

Tal como ya he explicado con anterioridad al abordar los contenidos más destacados de la Memoria, la nueva norma tiende a ampliar las posibilidades de residencia legal en España aun cuando no se disponga de autorización para trabajar. Paso a continuación al examen de sus contenidos con especial relevancia en el ámbito laboral.

3.3.1. La determinación de la situación nacional de empleo

Una de las estrellas de la reforma es el art. 65, regulador de la determinación de la situación nacional de empleo, siendo las modificaciones introducidas en el mismo, o una buena parte de ellas, las que motivaron las duras críticas de las organizaciones sindicales CCOO y UGT por considerar devaluado a efectos prácticos el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. La nueva regulación, que me recuerda al art. 47 bis de la Ley del Estatuto de los trabajadores en cuanto a la intervención de las autoridades económicas en espacios hasta entonces reservados a las laborales (mecanismo RED, versión especifica de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo), incorpora un cambio relevante, cual es que en el CODC "se incorporarán automáticamente aquellas ocupaciones pertenecientes a los sectores económicos que se determinen por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones"; modificación, que debe relacionarse con el cambio introducido en el procedimiento de elaboración de dicho Catálogo, ya que mientras con anterioridad era establecido por el Ministerio competente en materia de trabajo e inmigración, ahora lo será "por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, a propuesta de los titulares de los Ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y de Trabajo y Economía Social", previo informe (aquí no ha habido novedad alguna) de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Qué impacto tendrá el cambio, repito, es algo que todavía está por ver, si bien parece obvio que implicará la adopción de criterios que no tengan únicamente en consideración la situación de desempleo, es decir de personas registradas como desempleadas en los Servicios Públicos de Empleo, y que en este cambio el papel de la empresa que desea efectuar la contratación podrá ser mucho más relevante que con anterioridad, ya que, si ya el marco normativo anterior permitía, y ello no se ha modificado, que la situación nacional de empleo "permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite ante la Oficina de Extranjería la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno", se añade ahora que la Oficina de Extranjería, a los efectos de concesión

de la autorización, tendrá en consideración tanto el informe presentado por los Servicios Públicos de Empleo "como la urgencia de la contratación acreditada por la empresa".

Añádase a lo que acabo de explicar la reducción de los plazos fijados para la tramitación de la oferta , cuya gestión a cargo de la autoridad laboral pasa a ser de ocho días frente al de "al menos quince" anteriores, que la obligación empresarial de comunicar el resultado de la selección de candidatos se reduce desde los veinticinco a ocho, y que finalmente el Servicio Público de Empleo debe emitir la certificación de insuficiencia de demandantes en un plazo máximo de tres días, en lugar de los cinco anteriores. Hagamos números, tomemos nota del poder conferido a las autoridades económicas, y concluiremos que el cambio, efectivamente, es, al menos teóricamente, de bastante relevancia.

No de menor interés me parece que es el cambio en las atribuciones competenciales de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, ya que, si con anterioridad era ex ante, es decir, informaba sobre la normativa de desarrollo de lo dispuesto en la norma sobre el contenido mínimo de los certificados de los servicios públicos de empleo, ahora será ex post, en cuanto que realizará un "seguimiento" de lo dispuesto en la norma sobre la determinación de la situación nacional de empleo.

3.3.2. La regulación del arraigo para la formación

Toca ahora detenerse con la debida atención en la modificación que puede llegar a implicar la regularización laboral de una gran parte de la población migrante que se encuentra en España en situación de irregularidad, siempre y cuando cumplan todos los requisitos que se enumeran en el nuevo art. 124.4, y que creo que es en la que basa gran parte de sus convicciones el equipo del MISSMI, para tratar de demostrar que será la vía adecuada para corregir gran parte de esa irregularidad y contribuir a la mejora del mercado de trabajo, siempre y cuando, vuelvo a reiterar una tesis que ya he expuesto en otras ocasiones, ello se lleve a cabo con escrupuloso respeto de las condiciones laborales legales y convencionales, algo para lo que las autoridades laborales deben arbitrar la medidas oportunas y con un rol de primera importancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y por supuesto devendrá necesaria la estrecha coordinación de los dos Ministerios directamente implicados en la política laboral y de protección social de extranjería, es decir por una parte el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y por otra el de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

La nueva modalidad de arraigo requiere en primer lugar la acreditación de una "permanencia continuada" en España durante un período mínimo de dos años. Nada dice la norma sobre cómo deba acreditarse, ni si la persona afectada se encuentra en situación de regularidad o irregularidad, ya sea esta última inicial o sobrevenida, aun cuando los requisitos posteriormente requeridos, y subrayo que de forma acumulativa, que deben cumplirse para poder efectuar la solicitud abonan la tesis de la irregularidad, ya que no de otra forma puede entenderse a mi parecer que se conceda una autorización de residencia.

Como digo, una vez acreditada la permanencia continuada por un período mínimo de dos meses, hay que cumplir además dos requisitos: el primero, que no aporta novedad a los ya existentes con carácter general, es el de "carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años". El segundo, que es el verdaderamente novedoso, es el compromiso de llevar a cabo una actividad formativa.

Se ha pasado de una primera redacción, en el borrador de la norma, bastante amplia sobre las actividades formativas a llevar a cabo para poder obtener la autorización de residencia, a la definitiva en la que se amplía bastante más y se incluye a los distintos estudios universitarios (pueden ser de

grado, postgrado, másteres, de formación permanente de más o menos larga duración, ...) y otro tipo de cursos que sirvan para la actualización y reciclaje profesional, hasta llegar a una definitiva, en la que manteniendo la ampliación anterior, se concreta mucho más la formación que parece desear el legislador, pues no de otra forma debe entenderse a mi parecer la vinculación de aquella al catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que, recuérdese, incluirá todas aquellas, y de manera automática, que "se determinen por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones" (nueva redacción del art. 65).

Como concreción de cuando debe acreditarse la matriculación en una actividad formativa, la norma lo vincula al plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización, autorizando ("podrá") a la Oficina de Extranjería a extinguir la autorización. Sin duda, quienes han redactado la norma conocen que hay determinados períodos de matrícula en muchas de las posibles actividades formativas que permite la norma (las de las Universidades serían un buen ejemplo de ello) y permite en tales casos que la prueba de la matriculación se remita a la Oficina de extranjería "en un período máximo de tres meses desde la finalización de dicho plazo", y además que si la formación dura más allá de los doce meses por los que se concede inicialmente la autorización de residencia, esta pueda ampliarse por el tiempo que dure la actividad formativa.

Por otra parte, no me parece excesivamente clara la redacción del inciso de prórroga de la duración de la autorización de residencia "una única vez por un período de doce meses en los casos en que... la duración exceda la vigencia de la primera autorización concedida". Me pregunto si ello quiere decir que la actividad formativa no puede durar más de veinticuatro meses (sería contraria, esta tesis, por ejemplo, a la matriculación en estudios universitarios de grado) o bien está pensando (parece más lógico) en algunos ejemplos concretos que no son expresamente explicitados.

También suscita duda la referencia a que el período de autorización de residencia se conceda por "doce meses", sin mención a que se trate de un periodo máximo (más allá de su posible prolongación en los casos anteriormente indicados) o bien que pueda ser de duración inferior. La muy amplia variedad de las actividades formativas, y la finalidad de la norma que es claramente puesta de manifiesto tanto en la memoria de análisis del impacto normativo como de su introducción, avalan a mi parecer la tesis de que se trata de una duración máxima y que al mismo tiempo permite que la formación se lleve a cabo, y se obtenga la titulación adecuada, en un período inferior. Abona también esta tesis a mi parecer, la dicción del cuarto párrafo del apartado b) del art. 124, en el que podemos leer que "una vez superada la formación, y durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado presentará la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación, en el momento de la solicitud, y prueba de haber superado la formación prevista en la solicitud de residencia. La Oficina de Extranjería concederá en estos casos una autorización de dos años que habilitará a trabajar".

La redacción de la nueva regulación del arraigo por formación me plantea otras dudas que deseo también poner de manifiesto:

En primer lugar, la del momento en que puede entenderse concedida la autorización de residencia (que recuerdo que no autoriza para trabajar). Parece que deberá serlo cuando la persona interesada acredite (ante la Oficina de Extranjería) que permanece de forma continuada en España desde hace dos años, que carece de antecedentes penales, y que, y esto es lo más importante ahora, "se compromete" a realizar una actividad formativa. No creo que pueda llegarse a otra conclusión si se repara en que la matriculación en tal actividad, cuya prueba también deberá aportarse a la Oficina de Extranjería, debe realizarse en un plazo de tres meses "desde la notificación de la resolución de

la concesión de la autorización de residencia"; o lo que es lo mismo, no parece haber obligación de matricularse previamente en un curso o actividad formativa para poder obtener la autorización, ya que esta, una vez concedida, puede extinguirse si la persona interesada no acredita haber efectuado la matriculación en el plazo de tres meses desde aquella notificación.

Si la tesis que ahora expongo es la correcta, cabe pensar que el incremento de las actividades de dichas Oficinas, y por supuesto la actividad de la (todavía por crear cuando redacto este artículo) "Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería" que dependerá de la Dirección General de Migraciones, va a ser muy intensa, con lo que no queda otra vez más que reiterar la necesidad de que se disponga de persona suficiente, y de apartado tecnológico adecuado, para recibir las que serán muchas solicitudes de arraigo por formación para acceder a la autorización de residencia.

En segundo lugar, dado que se concede una autorización de residencia y no de trabajo, mientras dure la actividad formativa, cabe preguntarse por los medios de subsistencia mientras se lleve a cabo esta. Supongo que hay que decir claramente que el legislador sabe que gran parte de las personas que soliciten el arraigo por formación están trabajando de manera irregular en España, ya que el objetivo declarado de la norma, es que salgan de esa irregularidad, o al menos aquellos cuyos conocimientos y formación guarden relación con las necesidades del mercado de trabajo, y que su fuente de ingresos es pues irregular, o bien que conviven con personas, ya sea de nacionalidad de un Estado de la Unión Europea o extracomunitarias, que tengan fuentes regulares de ingresos.

Y si se plantea la situación anterior de irregularidad laboral y de regularidad de residencia, al menos mientras se lleve a cabo la formación y posteriormente hasta que se presente un contrato de trabajo que permitirá a la Oficina de Extranjería conceder también la autorización de trabajo de dos años (dicho sea incidentalmente, sorprende que quienes presten sus servicios en caso de migración circular se les conceda una autorización de cuatro años y en este supuesto ahora analizado sea de dos, si bien supongo que se responderá que los primeros tienen obligación de retornar a su país de origen mientras no presten servicios, y que ello no es así para quienes obtenga la autorización para trabajar y que acompañará a la concedida de residencia), ¿qué ocurrirá si la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su actividad ordinaria de vigilancia y control de la legalidad vigente comprueba que esa persona, que se está formando, trabaja de manera irregular?

Siguiendo las tesis defendidas por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Mercedes Martínez Aso, expuestas en su tesis doctoral[17],y que creo que siguen teniendo plena validez a mi parecer, no parece posible la aplicación de la normativa de extranjería que permite llegar a la expulsión del territorio nacional de la persona trabajadora que se encuentre prestando servicios de forma irregular. Recuérdese al respecto que el art. 57.1 de la LO 4/200 dispone que "1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción", y que el apartado b) del art. 53 conceptúa como infracción grave "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida" (la negrita es mía). Pues bien, más allá del muy interesante debate sobre la aplicación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en concreto de su art. 37.2 (infracción muy grave la de los extranjeros "que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no

[17] La eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros (consulta: 9 de marzo). https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=83786

haberlo renovado") y el 40 (cuantía de las sanciones) en relación con el art. 57 de la LO 4/2000, abona la tesis de la imposibilidad de expulsión el hecho de que la persona trabajadora disponga de una autorización de residencia, y que por ello no incurra en la infracción grave del art. 53 b) si no cuenta con una autorización de residencia válida. Queda la duda de si podrá levantarse acta de infracción con la propuesta de imposición de la correspondiente sanción económica, y no hay precepto alguno que lo impida, aun cuando desde luego no parece casar mucho esta hipótesis con los objetivos perseguidos por la reforma operada por el RD 629/2022.

3.4. El desarrollo del RD 629/2022

3.4.1. Instrucciones SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo [18]

Por si hubiera alguna duda respecto a la regulación de los arts. 124 y 127 y a su renovada configuración a efectos de obtener el arraigo, se afirma que dichos preceptos "crean y articulan figuras concretas con alcance, objeto y elementos diferenciales propios". Se añade a continuación que la interpretación y aplicación de estas figuras "se ha visto completada a través de Instrucciones y a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, enriqueciendo la definición de conceptos y características de este tipo de autorizaciones, si bien han añadido complejidad a la comprensión del conjunto de los elementos que rodean los arraigos". No deja de ser curioso que una Instrucción se coloque en el mismo nivel o rango que la jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional, y que además se critique implícitamente al TS por añadir "complejidad" cuando en realidad, o al menos ese es mi parecer, aquello que ha hecho la Sala Contencioso -Administrativa ha sido interpretar la normativa de la que debió conocer en un sentido más favorable a la posibilidad de acceder a vías de regularización.

En fin, dando un valor absoluto a aquello que regula la Instrucción, y que por mucho que así se diga deberá pasar la prueba del algodón si hay conflictos de los que deban resolver los tribunales, se afirma que las Instrucciones "tienen el objetivo de garantizar una comprensión y aplicación uniformes y que proteja la seguridad jurídica de los solicitantes, tanto de la figura del arraigo para la formación, como los elementos comunes y distintivos de los supuestos de arraigo preexistentes, que requieren una clarificación expresa".

La instrucción primera regula tipología de estudios y acciones permitidas "susceptibles de ser solicitadas en el arraigo para la formación", precisando y completando la redacción del art. 124.4 del Reglamento, reiterando que la incorporación de las personas solicitantes al mercado de trabajo solo podrá producirse tras la finalización de los correspondientes estudios "con aprovechamiento".

Interesa reseñar los tipos de formación contemplados.

En primer lugar, la formación reglada perteneciente al sistema de Formación profesional, con concreción de que debe entenderse por formación reglada a tal efecto.

En segundo lugar, una formación que lleve a la obtención "de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica".

En tercer lugar, la formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo, debiendo esta estar incluidas en el catálogo de especialidades formativas, y con la obligación de los solicitantes de estar previamente inscritos como demandantes de servicios previos al empleo en los Servicios

[18] https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2022/221010_InstruccionesArraigoFormacionOtras.pdf (consulta: 7 de marzo).

Públicos de Empleo "una vez que tengan autorizado el arraigo por formación y dispongan de N.I.E. y sea programada y autorizada la acción formativa a recibir por el servicio público de empleo competente", previéndose también ,y es obvio que será del todo punto necesario para el éxito de esta posibilidad de formación, el establecimiento de un sistema de cooperación interadministrativa entre las Oficinas de Extranjería y los Servicios Públicos de Empleo.

Por último, en cuarto lugar las titulaciones de "máster oficial de las universidades, cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales en el ámbito de la formación permanente de las universidades, así como de otras enseñanzas propias de formación permanente".

No cabe aquí sino reiterar por mi parte aquello expuesto al examinar el art. 124.4 del Reglamento, es decir la amplitud con la que se regula la posibilidad de llevar a cabo alguna acción formativa que permite acceder a una autorización provisional de residencia que sea el camino para obtener más adelante la de trabajo.

Las Instrucciones 1/2022 precisan que la autorización provisional de residencia que se conceda tendrá efectos desde "la fecha de concesión de la autorización, no desde el inicio de la formación", y que esta deber ser "eminentemente presencial" (se admite por tanto que pueda haber contenidos de la misma que puedan desarrollarse de manera no presencial, sin concretar porcentajes) y que debe completarse en el período inicial de 12 meses o bien en determinados supuestos durante la prórroga por el mismo período, posibilidad existente cuando la actividad formativa se alargue más de los 12 meses iniciales, o bien cuando no se supere con aprovechamiento y la persona solicitante vuelva a matricularse para superarla adecuadamente. Siguiendo lo dispuesto en el art. 124.4 se recuerda que es posible modifica los estudios inicialmente solicitados, "debiendo necesariamente acreditar en el plazo previsto de tres meses desde la resolución de concesión de la autorización la matrícula en una formación que cumpla los requisitos previstos en el artículo 124.4 y en estas Instrucciones", así como también que la Oficina de Extranjería podrá extinguir la autorización "si la matriculación acreditada no cumple con los requisitos previstos en el artículo 124.4 y en estas Instrucciones, o si no se acredita en el plazo de tres meses desde la resolución de concesión de la autorización".

En cualquier caso, entiéndase que la referencia a las Instrucciones no deja de ser un recordatorio de que aquello que debe respetarse es el Reglamento, dado que las Instrucciones ahora analizada no pueden desviarse, jurídicamente hablando, de aquel.

La Instrucción segunda regula la que se ha dado en llamar segunda fase de esta nueva modalidad de arraigo, es decir la de obtención de autorización de residencia y trabajo tras la finalización, con aprovechamiento, de la formación.

De una atenta lectura del texto, no me ha parecido encontrar diferencias con el art. 124.4 del Reglamento y sí la concreción de su contenido.

Así, el recordatorio de que la autorización de trabajo que habilita para trabajar por cuenta ajena está condicionada al alta en la Seguridad Social; que el contrato debe estar obviamente relacionado con la formación recibida y acreditada, algo que no me parece difícil de cumplir en atención a las amplias posibilidades que ofrece la oferta formativa; sobre la presentación de un contrato de trabajo "que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el establecido por el convenio colectivo aplicable" hay una remisión a la Instrucción tercera, a la que me referiré a continuación. Se recuerda, en aplicación del art. 124 que este precepto, en su apartado 4, es el único aplicable a efectos de la posible modificación de la autorización provisional de residencia, y de la posterior de trabajo y sí que

una vez finalizada la vigencia conjunta de ambas "podrá modificarse esta circunstancia excepcional a través del artículo 202, como el resto de circunstancias excepcionales del artículo 124". Baste ahora recordar que el citado art. 202 regula el tránsito 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.

La instrucción tercera "clarifica" según se explica en la introducción "elementos vinculados al tipo de contrato de trabajo presentado, tanto en la figura del arraigo para la formación como en el arraigo social", que se ha considerado necesario, (otra cosa es que en la regulación se haya acertado) tras la reforma de la normativa sobre contratación operada por el RDL 32/2021 de 28 de diciembre y la apuesta clara y decidida del cambio normativo por la estabilidad en el empleo, explicándose cuáles son los "elementos de valoración del contrato", listados en dicha Instrucción, como "la firma por las personas empleadora y trabajadora, la garantía del salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud, y el número de horas de este, así como la posibilidad de que se presente más de un contrato a estos efectos", si bien añadiendo inmediatamente a continuación que "algunos elementos, sin embargo, como el tipo de contrato, o la forma de realizar el cómputo de horas y salario, se ejemplifican y detallan en estas instrucciones en aras de una mayor seguridad jurídica".

Cabe preguntarse si se trata de una mera ejemplificación y detalle, o bien hay una modificación implícita, o explícita, del Reglamento.

Me explico. El apartado 1 de esta instrucción dispone que "a efectos de presentación de un contrato de trabajo en las autorizaciones de arraigo social y arraigo para la formación, se podrá aceptar cualquier modalidad contractual prevista en la normativa laboral siempre que se acredite la percepción del Salario Mínimo Interprofesional en cómputo global anual. Del mismo modo, también se podrán admitir contratos fijos discontinuos o de naturaleza temporal, siempre que se cumpla el requisito de Salario Mínimo Interprofesional en cómputo global anual, y el requisito de horas semanales previsto en el artículo 124.2".

Si la reforma laboral apuesta claramente por la estabilidad ocupacional y la potenciación del contrato indefinido, que ciertamente puede extinguirse, como ya era posible antes de la reforma del Reglamento, tanto por causas objetivas como por motivos disciplinarios, cabe preguntarse qué sentido tiene abrir el abanico de modalidades contractuales, siempre que se cumpla la percepción por la persona trabajadora del SMI "en cómputo global anual" y el requisito de horas semanales, previsto en el art. 124.2 sólo para el arraigo social. O dicho en otros términos, si aceptamos la contratación temporal, por poner el ejemplo que más me interesa resaltar, deberá estar justificada, no por el hecho de tratarse de su formalización con una persona trabajadora extranjera sino por darse las causas o circunstancias que lo posibilitan al amparo de los dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del art. 15 de la LET. Baste ahora recordar que el contrato de trabajo de duración determinada "solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora", y que para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad "será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista".

Me surge la duda de si se está reinterpretando el art. 124.4 del Reglamento, ya que en este se dispone que, una vez cumplidos los requisitos para haber superado la actividad formativa con aprovechamiento, se concederá por la Oficina de Extranjería una autorización de residencia y de trabajo por dos años. Así, cabe la posibilidad, siempre que sigamos fielmente la posibilidad abierta por la Instrucción tercera, 1, que durante ese período de dos años pueda ser contratada la persona

trabajadora extranjera no sólo con un contrato indefinido, objetivo claro de la reforma laboral para todos los trabajadores y trabajadoras, sino también con contratos fijos discontinuos o bien con contratos temporales por circunstancias de la producción o de interinidad, siempre y cuando, reitero a riesgo de parecer redundante en mi explicación , concurran las causas que permitan su celebración. No sé, lo digo con toda sinceridad, si con esta regulación se adapta la normativa de extranjería a la reforma laboral, o bien se ha hecho sólo una readaptación de la normativa anterior, que regulaba el contrato de un año de duración, a las nuevas, o más exactamente reformadas, modalidades contractuales de duración determinada, obviamente sin olvidar la apertura hacia la contratación indefinida y fija discontinua.

La Instrucción tercera abre la posibilidad, en su apartado 2, a que puede solicitarse información adicional a la presentada en la solicitud de arraigo cuando el contrato aportado "genere dudas fundadas sobre que sea un contrato real y efectivo", debiendo estar la denegación, cuando esta fuera la decisión de la autoridad competente, "adecuadamente fundada y justificada".

Acude la SEM, en apoyo de esta medida, a la sentencia del TS (C-A) de 8 de noviembre de 2018 (Rec.1942/2017), en la que la cuestión a debate es una solicitud de residencia temporal por razones excepcionales de arraigo social, del que reproduzco un fragmento del fundamento de derecho segundo que avala la tesis de la Instrucción:

"Y es que no puede desconocerse que la relación laboral que se exige para la concesión de la autorización de residencia que nos ocupa, no viene establecida como un mero requisito formal que se agote en sí mismo. Sería contrario a la lógica pretender que basta con la mera aportación formal de un contrato de esa naturaleza para estimar que es la aportación del documento el que vincula a la Administración, cuando es lo cierto que lo que el precepto exige es la realidad del contrato, la relación jurídica que el documento formaliza, contrato que debe tener las circunstancias que se impone en la norma, en concreto, una determinada duración, que ciertamente no ha de ser imperativamente cumplida, porque ello llevaría a revocar la autorización si se deja sin efecto antes del año exigido por el precepto, pero al menos deberá constatarse, cuando a la Administración le genere dudas al respecto, que en las condiciones existentes al momento de adoptar la decisión sobre la concesión de la autorización solicitada, el contrato aportado tiene perspectivas de poder ser real y efectivo en el tiempo que se impone".

Con respecto al apartado 3 de la Instrucción, hay una novedad con respecto a la regulación contenida en el art. 124.2, ya que en este precepto uno de los requisitos para poder acceder al arraigo social es "contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global y garantizar al menos el salario mínimo interprofesional. El contrato podrá tener una duración de mínimo 20 horas en los casos que se acredite tener a cargo menores o personas que precisen medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica". Nada se dice en este norma de cuál es el salario a percibir en el supuesto del contrato de duración mínima de 20 horas, y en este punto la Instrucción dispone que las retribuciones "serán conformes a la legislación laboral, por lo que los salarios ofrecidos han de ser en proporción a las horas trabajadas", añadiendo de forma didáctica el ejemplo de que "en un contrato indefinido por 20 horas semanales han de acreditar que percibirán, al menos, el 50% del SMI, esto es, 7.000 euros anuales en 2022".

No cabe duda, dicho sea incidentalmente, de que todos los contratos laborales han de ser conformes a la normativa reguladora de las relaciones de trabajo, siendo cuestión distinta que el legislador ponga el acento en la percepción del SMI "total" en cualquier caso, a excepción de tales

contratos de 20 horas como mínimo, y que por ello admita la existencia de uno o varios contratos a tiempo parcial.

Por último, el apartado 4 se adecúa a los términos del Reglamento cuando dispone que en el supuesto de solicitud de arraigo social que acompaña informe sobre exención de la necesidad de disponer de contrato, "los medios podrán provenir de un familiar residente legal con el que conviva", siendo equivalentes al "100% de la renta garantizada por el Ingreso Mínimo Vital (IMV), considerando la unidad de convivencia del solicitante".

La Instrucción cuarta regula la posibilidad de prórroga de las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo, poniéndola en relación con el art. 130 del Reglamento. Me interesa reseñar, remitiéndome en todo lo demás a explicaciones anteriores, que se repite una vez más que el arraigo para la formación "únicamente podrá prorrogarse una única vez por doce meses, en los términos previstos en el artículo 124.4 y estas instrucciones", y que "por la propia naturaleza excepcional de esta figura", no será posible que una misma persona sea titular de este mismo supuesto de arraigo "más de una vez en un periodo de tres años", una forma muy clara de indicar que la formación debe adquirirse en un periodo inferior, algo que además es coherente con la regulación de la duración del periodo formativo, incluso prorrogado, que no puede superar los 24 meses.

Por último, la Instrucción quinta, que lleva por título "requisitos comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo", regula, tal como se explica en la introducción, "los elementos comunes de las figuras de arraigo de acuerdo con el artículo 128, con la pretensión de aclarar y unificar la interpretación y requisitos aplicables", en donde se reitera qué debe entenderse por permanencia continuada en España (ausencias no superiores a 120 días en tres años, o 90 días en dos) y cuándo debe presentarse el certificado de antecedentes penales con respecto a los cinco años anteriores a la entrada en España, concretándose que "si el solicitante no hubiera residido en los últimos cinco años en su país de origen, no será necesario aportar este, en cuanto el artículo 128 no exige certificado del país del que sea nacional, sino del país en el que hubiese residido con anterioridad a su entrada en España", no siendo necesaria su presentación, en supuestos de nueva solicitud, si el solicitante "acredita haber permanecido en España desde la última solicitud", salvo que la Oficina de Extranjería considere que existen "razones fundadas para dudar de la permanencia en España durante ese periodo del solicitante, y por ende del certificado de antecedentes penales", pudiendo en tal caso requerir un nuevo certificado actualizado.

3.5. La contratación en origen. Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre

La lectura de la norma ahora examinada, publicada en el BOE de 29 de diciembre y con entrada en vigor a partir del 1 de enero, permite formular esta afirmación: el gobierno apuesta por la contratación fija discontinua, y también por la contratación para determinados "puestos de trabajo estables" sin tener en consideración la situación nacional de empleo. Paso a continuación a examinar su contenido y las dudas que plantea[19].

[19] Un primer ejemplo de aplicación de la norma puede leerse en "Llegan a Huelva las primeras 3.900 temporeras del programa de migración circular con Marruecos 2023" https://www.inclusion.gob.es/web/guest/w/llegan-a-huelva-las-primeras-3.900-temporeras-del-programa-de-migracion-circular-con-marruecos-2023 En la nota de prensa del MISSMI se explica que "3.888 trabajadoras temporeras de Marruecos han llegado durante el mes de enero a Huelva, en el marco de la nueva edición del programa de migración circular de Gestión Colectiva de Contratación en Origen (GECCO). Este año, la campaña agrícola de temporada onubense va a recibir a unas 16.700 trabajadoras procedentes de Marruecos, Ecuador y Honduras. También se ha acordado un contingente de aproximadamente 1.000 personas para desempeñar tareas del campo en las provincias de Albacete (Castilla-La Mancha) y Segovia (Castilla y León)".

Las modificaciones sustanciales introducidas en el Reglamento de extranjería han llevado al gobierno, así se expone en la introducción de la norma a "...realizar una revisión en profundidad del modelo de orden que ha servido de base para la aprobación de las anteriores órdenes anuales de gestión colectiva de contrataciones en origen o de prórroga de la anterior orden"[20].

Paso ya a referirme a los contenidos sustantivos más relevantes a mi parecer de la norma, siendo sin duda la más importante la definición (art. 1) de qué debe entenderse por "migración de carácter estable" y "migración de carácter circular", si bien de la segunda ya teníamos conocimiento por la reforma del Reglamento de Extranjería.

La primera se conceptúa como "la contratación de trabajadores en origen de forma colectiva mediante la gestión simultánea de sus autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena *para atender a la cobertura de puestos estables que no deban ser objeto de contratos fijos-discontinuos*. Estas autorizaciones se concederán en los términos establecidos en el artículo 64 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su tramitación se realizará de forma colectiva, y se basará en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones". Recordemos que el art. 64 regula los requisitos que deben cumplirse para obtener dichas autorizaciones, siendo uno de ellos que la situación nacional de empleo permita la contratación, remitiendo a la concreción de tal situación al art. 65, que ha experimentado cambios sustanciales en la reforma y ha abierto la puerta a que el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura pueda ampliarse considerablemente, ya que podrán incorporarse automáticamente "....aquellas ocupaciones pertenecientes a los sectores económicos que se determinen por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones".

La segunda se define en estos términos: "la concesión de autorizaciones de trabajo de cuatro años de duración, que habilitan a trabajar y residir por un máximo de nueve meses al año en un único sector laboral, *basadas en una contratación fijo-discontinua, para atender a la cobertura de puestos con naturaleza estacional, de temporada o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos*. La vigencia de estas autorizaciones estará supeditada a que la persona contratada a través de este procedimiento cumpla con su compromiso de retorno a su país de origen inmediatamente tras la finalización de la actividad laboral, y al mantenimiento de las condiciones que justificaron la concesión de la autorización, siendo, en este caso, llamado de nuevo en la siguiente temporada o estación, o el siguiente periodo, de acuerdo con lo establecido en su contrato. Estas autorizaciones se concederán para un único empleador, sin perjuicio de las posibilidades de cambios de empleador y concatenaciones, de acuerdo con lo previsto en esta orden" (la negrita es mía).

Siguiendo el cambio operado en el Reglamento de extranjería, la Orden para 2023 prevé tres modalidades de ofertas de empleo para la migración de carácter circular:

"a) Ordinarias, realizándose la presentación de una única oferta por parte de un empresario o un número reducido de empresarios para un número reducido de trabajadores, bajo la misma solicitud.

[20] "La contratación de trabajadores extranjeros en origen, en adecuación a este Real Decreto-ley, deja de basarse en formatos asociados a la naturaleza temporal de los contratos, y siempre dentro del marco establecido por la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, que establece un tiempo máximo de nueve meses dentro de un periodo de doce meses para este colectivo. De este modo, los programas de migración circular cambian el paradigma de contratos temporales concedidos de año en año para adecuarse a la lógica de la contratación fijo-discontinua, en la que se compatibiliza el carácter imperativo del retorno anual al país de origen con la estabilidad de un contrato de naturaleza indefinida".

b) Unificadas: la presentación se realizará de forma unificada, a través de una organización empresarial representante, para la gestión conjunta de las ofertas presentadas por distintos empleadores.

c) Concatenadas: en los proyectos de migración circular, se podrá presentar la solicitud de gestión enlazada de campañas o actividades, tratando de aprovechar al máximo la estancia de determinados trabajadores a los que, en una única solicitud, autorización de residencia y trabajo, y visado, se les permitirá desplazarse sucesiva e ininterrumpidamente a diferentes actividades en la misma o distinta provincia en un mismo proyecto o cadena de concatenación".

Ha desaparecido, en plena coherencia con la reforma en materia de contratación operada por el RDL 32/2021, la oferta de empleo para realización de obras o servicios

A diferencia de la Orden para 2022, que solo efectuaba una referencia general a que las ofertas debían concretar con precisión las condiciones laborales, en la de aplicación para 2023 se efectúa una relación detallada de estas, "...como el lugar y tipo de trabajo; duración del trabajo; remuneración; horas de trabajo semanales o mensuales; importe de los permisos retribuidos; fechas de inicio de la actividad; forma de pago; y fecha prevista de la finalización de la actividad sin que ello pueda sustituirse por referencias genéricas al convenio colectivo o a otras normas laborales", y se especifica además que en aquellos casos en que la oferta se dirija a países con un idioma oficial distinto del español, "se facilitará la traducción de las condiciones de la oferta de empleo a un idioma que comprendan", garantía para las personas trabajadoras que se reitera con posterioridad en la norma, incluyéndose además entre las obligaciones empresariales la de "... informar a la representación legal de los trabajadores, o en ausencia de la misma, remitir la información a la Comisión Provincial de flujos migratorios, o en su caso a la Comisión Provincial encargada de las campañas agrícolas, a fin de que las organizaciones sindicales integrantes de la misma puedan asesorar a los trabajadores llegados en el marco de la gestión colectiva de la contratación en origen".

En cuanto a los sujetos legitimados para solicitar la gestión colectiva de ofertas de empleo, el art. 2 incluye una prohibición expresa, no contemplada en la norma de 2022, de solicitud por empresas de trabajo temporal.

Se amplía para el sector agrario cuando se considerará continuada la actividad, que no deberá ser inferior a un 85% del tiempo de trabajo habitual en el sector, por lo que el número de jornadas y/o horas de trabajo cotizadas en relación con un trabajador se corresponderá con este límite mínimo, mientras que con anterioridad era del 75 %.

El capítulo II regula las reglas relativas a los proyectos de migración circular, completando y desarrollando lo dispuesto en el Reglamento (modificado) de extranjería.

Por su parte, el capítulo III regula las disposiciones relativas a los proyectos de migración estable, si bien lo hace de forma muy genérica a mi parecer y abre dudas jurídicas de no poca importancia respecto a su concreción.

En efecto, el art. 10 lleva por título "Elementos básicos de la contratación colectiva para proyectos de migración estable", y dispone que las ofertas de empleo deberán cumplir los requisitos establecidos por el art. 64 del Reglamento (modificado), teniendo dichas autorizaciones "un año de duración".

¿Y qué se entiende por puestos "estables"? Hemos de ir al art. 11, por el que conocemos que "1. Previa propuesta de las comunidades autónomas una vez completadas las consultas a las

organizaciones sindicales y empresariales señaladas en el artículo 168 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, recibida la información oportuna del Servicio Público de Empleo Estatal, y previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, *se podrán determinar ocupaciones concretas para la organización de mecanismos de provisión de ocupaciones a través de gestión colectiva. Estas ocupaciones se incorporarán como anexo a esta orden, pudiendo determinarse la provincia, ocupaciones, y puestos de trabajo"* . Además, y esto es realmente lo más importante, para dichas ocupaciones "no será necesario presentar la documentación relativa a la situación nacional de empleo".

Las dos preguntas, o interrogantes, que me surgen después de la lectura de este precepto, son las siguientes:

¿Cuál es la modalidad contractual que se utilizará para la contratación de un año de duración? Que yo recuerde, en la reforma del art. 15 de la LET no hay ninguna modalidad que permita la contratación por este período de tiempo. ¿Estamos creando una modalidad ad hoc de contratación temporal? Y una vez transcurrido ese período, y si el puesto de trabajo sigue siendo "estable", supongo que se podrá renovar la autorización de residencia y trabajo hasta convertirse, en su caso, en permanente, algo que se demuestra con claridad en el art. 24 que, al referirse a los requisitos que deben cumplimentarse para la solicitud de visado, incluye el compromiso de regreso firmado por las personas trabajadoras migrantes solo "en el caso de migración circular".

¿Cuál será el valor real del CODC, si es que lo sigue teniendo, una vez que se puede modificar cuando se considere oportuno y no teniendo en consideración la situación nacional de empleo? ¿Será la vía de la contratación para puestos de trabajo "estables" la que deberá utilizarse para incorporar a personas trabajadoras migrantes al mercado de trabajo español? ¿Y sólo para los puestos de trabajo que se consideren "adecuados", sin importar a estos efectos cuál sea la situación nacional de empleo en el sector de actividad?

Por todo ello, habrá que esperar y desear que funcione bien la gestión de los flujos migratorios con los países con los que España tiene acuerdos al respecto, o con los que pueda establecer en el próximo futuro, y hacia los que las ofertas deben orientarse "preferentemente". Los primeros son "Colombia, Ecuador, Marruecos, Mauritania, Ucrania, Honduras y Republica Dominicana; o, subsidiariamente, instrumentos de colaboración en esta materia: Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Cabo Verde, Senegal, Mali, Níger, México, El Salvador, Filipinas, Paraguay y Argentina; o con los que los suscriba, en su caso, en el periodo de vigencia de esta orden"[21].

El cap. IV regula la gestión de las ofertas genéricas de empleo, tanto para la migración circular, como para la estable, cuando la selección se realice en el exterior por una empresa que pertenezca al mismo grupo o sea de la misma titularidad que la empresa contratante "y no tenga como actividad única o principal o accesoria la selección de trabajadores". Al igual que en la Orden para 2022 se dispone que Dirección General de Migraciones fomentará la realización de cursos de formación orientados a garantizar una mejor inserción de los trabajadores al nuevo entorno laboral, añadiéndose

[21] Muy recientemente, por poner un ejemplo práctico, se ha publicado el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Honduras relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 28 de mayo de 2021, que ha entrado en vigor el 23 de febrero, cuyo capítulo II regula la comunicación de las ofertas de empleo y dispone en su art. 3.1 que "...Las autoridades responsables del Estado de acogida comunicarán a las autoridades responsables del Estado de origen la demanda de trabajadores de cada una de las categorías de éstos, teniendo en cuenta las ofertas de empleo existentes que hayan recibido de los empleadores del Estado de acogida. Las autoridades responsables del Estado de origen darán a conocer a las autoridades responsables del Estado de acogida las posibilidades de satisfacer esta demanda de trabajadores". https://boe.es/boe/dias/2023/02/04/pdfs/BOE-A-2023-2936.pdf (Consulta: 5 de marzo).

en la nueva norma que "...en todo caso, el empleador deberá facilitar la información básica referida en esta orden y la formación no supondrá coste alguno para el trabajador".

Una novedad importante, en coherencia con la regulación del arraigo para la formación en el Reglamento de extranjería, es el art. 17, que regula la autorización provisional de trabajo "supeditada a la obtención de una certificación o habilitación profesional para el ejercicio de una profesión". En los mismos términos que la modificación operada en el Reglamento por el RD 629/2022, se dispone que para las ocupaciones que requieran una certificación de aptitud profesional o habilitación específica para el desempeño del trabajo, "la autorización de residencia y trabajo estará supeditada a la obtención de este requisito", pudiendo concederse "una autorización provisional y no prorrogable de residencia de seis meses para la formación, que no habilitará para trabajar, con el objetivo de obtener dicha certificación", solicitud presentada por la parte empresarial, que deberá incorporar "el pago de las tasas y la aceptación de matrícula en el centro de formación, en un centro habilitado para su impartición por la autoridad competente", conllevando dicha autorización también la de residencia de seis meses para esta formación.

No reitero aquí, ya que las expuse de forma detallada en mi examen del Reglamento, las dudas sobre cuáles serán los medios económicos de subsistencia de la persona que se forma, ya que no dispone de autorización para trabajar. Repárese que las obligaciones de la parte (futura) empleadora trabajadora son las reguladas en el art. 3, así como también "a) la cobertura de los gastos de traslados desde el alojamiento al centro de formación. b) La cobertura del coste de la formación, que no podrán ser repercutidos a la persona candidata en caso de no superar la formación, siempre que se haya realizado con comportamiento diligente".

El capítulo V regula la gestión de las ofertas de empleo de carácter nominativo, sin que existan a mi parecer, salvo aspectos que no haya sabido apreciar, cambios de relevancia con respecto a la norma aplicable en 2022. Por su parte, el capítulo VI regula los procedimientos de gestión de ofertas de empleo de forma unificada y concatenada, también sin mayores cambios. El capítulo VII regula la solicitud y concesión de visados, requiriéndose para la primera, además de los requisitos ya recogidos en la norma de 2022, la precisión relativa a "impreso oficial de solicitud de visado nacional firmado por el interesado o por su representante... (y) una fotografía reciente, de tamaño carné, a color, sobre fondo claro, sin brillos ni prendas que cubran el óvalo de la cara".

8. Por fin, el capítulo VIII regula el seguimiento de la orden de gestión colectiva, siendo importante destacar la creación en el art. 26 de las Comisiones Provinciales de Flujos Migratorios, conceptuadas como "grupos de trabajo con la función de realizar seguimiento de la ejecución de los proyectos de gestión colectiva que se aprueben o pretendan aprobar en dicho ámbito provincial" que recibirán la información de "las ofertas, ocupaciones, autorizaciones y número de trabajadores, desglosado por sexo, llegados a la provincia en el marco de la gestión colectiva de la contratación en origen, en cualquiera de las modalidades previstas en la orden", y que se reunirán como mínimo trimestralmente, siendo las organizaciones sindicales presentes en tales Comisiones "informadas de la llegada de trabajadores en el marco de la gestión colectiva de la contratación en origen cuando no exista Representación Legal de los Trabajadores en la empresa".

4. RETOS PENDIENTES Y PREGUNTAS PARA UN POSIBLE DEBATE

Concluyo este artículo manifestando cuáles son a mi parecer los retos pendientes que tenemos en materia de extranjería en España por lo que respecta al ámbito laboral, así como también, con carácter más general, formulando algunas preguntas para un posible debate, que cada vez es más necesario a mi parecer sobre cómo abordar la política de inmigración.

En los primeros incluyo hacer cumplir la normativa laboral y de protección social para todas las personas trabajadoras migrantes que se encuentran regularmente en España. También, aflorar la inmigración irregular mediante medidas que faciliten (¿de forma general o particular?) la regularización, para que las normas antes citadas sean verdaderamente aplicables a todas las personas con independencia de su nacionalidad o situación administrativa[22]. Asimismo, el endurecimiento de la normativa (laboral y penal) tendente a sancionar a quienes la incumplan y provoquen un grave perjuicio en los derechos de las personas trabajadores migrantes, para lo que puede ser un paso acertado la reciente reforma del art. 311 del Código Penal, que parece pensada para el caso "repartidores falsos autónomos" pero que sería de aplicación a toda situación en la que se produzca ese grave perjuicio y vulneración de derechos[23].

En cuanto a las preguntas, no son sino reiteración de aquellas que vengo formulando desde hace ya un cierto tiempo en todos los artículos publicados y en las reuniones en las que he participado, y que siguen siendo plenamente válidas.

— ¿Qué política de inmigración a escala mundial, de la UE y España debe hacerse para abordar la nueva realidad?

— ¿Cómo impactan en el debate sobre la inmigración los cambios políticos acaecidos en varios Estados de la UE en las últimas elecciones legislativas, el más reciente en Italia?

— ¿Qué incidencia tendrá sobre la política de inmigración, y su normativa reguladora, los procesos de reagrupación familiar? ¿Cuál ha sido el impacto de la crisis económica de 2008? ¿Y cuál será el de Covid-19?

— ¿Qué medidas hay que adoptar para garantizar el cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social para los trabajadores extranjeros (en situación regular o irregular) en el mercado de trabajo y evitar la explotación laboral? ¿Hay que prestar especial atención a los trabajadores domésticos y personal que cuidan a personas mayores?

— ¿Qué inmigración, cualificada o no, se demanda por los países europeos, y cómo conjugar las necesidades de mano de obra en dichos países con la evitación de la fuga de cerebros de los países de origen?

[22] El debate ha llegado al Parlamento con la presentación, una vez cumplido el preceptivo trámite de recogida de 500.000 para una iniciativa legislativa popular, de la "Proposición de Ley para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España" https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-330-1.PDF (consulta: 10 de marzo) , cuyo texto articulado es el siguiente: "Artículo único. Modificación de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social... «Disposición transitoria primera. Regularización de extranjeros que se encuentren en España. El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá, en el plazo de 6 meses, un procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de noviembre de 2021".

[23] Conviene traer aquí a colación una reflexión general de PICUM https://picum.org/labour-rights-of-undocumented-migrant-workers-what-does-the-eu-say/ (consulta: 9 de marzo) sobre las dificultades de las personas migrantes en situación irregular para gozar de derechos de carácter laboral: "Además de las dificultades a las que se enfrenta cualquier persona trabajadora para hacer valer sus derechos a través de los mecanismos formales de denuncia, las trabajadoras migrantes se encuentran, entre otros, los siguientes problemas cruciales: la carga de la prueba, las dificultades para demostrar una relación laboral no declarada y el nivel de las violaciones de sus derechos, así como la falta de protección para garantizar que el ejercicio de sus derechos laborales no conlleve la pérdida de su permiso de residencia, el control migratorio u otras formas de represalia y consecuencias negativas. Esto es particularmente problemático cuando se relaciona con las inspecciones de trabajo, ya que elimina un mecanismo clave para que trabajadores y trabajadoras migrantes puedan demostrar las relaciones laborales en las demandas civiles, así como el acceso a los mecanismos de denuncia extrajudiciales de las inspecciones laborales".

— ¿Cómo mejorar los mecanismos de contratación en origen para garantizar que los procesos migratorios se desarrollen de forma regular y ordenada, y que las personas inmigrantes dispongan de la formación y cualificación necesaria para prestar un trabajo acorde con sus conocimientos?

— ¿Cómo regular el acceso regular de los demandantes de asilo y los refugiados a los mercados de trabajo de países UE? ¿Qué políticas de integración son necesarias? ¿Cuál es el papel que deben jugar las distintas Administraciones (estatal, autonómicas, locales) implicadas?

5. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA

En el presente artículo se han expuesto primeramente unas consideraciones de índole general sobre el fenómeno de la inmigración y su importancia a escala internacional y europea. Más adelante, me he adentrado en la realidad española, partiendo del conocimiento de cuál es la importancia de la población migrante en el mundo del trabajo, e inmediatamente mi atención se ha focalizado en la reforma operada en el Reglamento de Extranjería por el RD 629/2022 de 26 de julio, así como también en sus normas de desarrolla, las Instrucciones 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo, y la Orden IS;/1302/2022 de 27 de diciembre sobre la contratación en origen.

En cuanto que la reforma centra su atención en la población migrante extracomunitaria, el artículo se dedica preferentemente a este colectivo, si bien no ha olvidado destacar la importancia cuantitativa de la población migrante comunitaria, fácilmente perceptible en los datos de afiliación a la Seguridad Social.

Finalmente, he expresado cuales son a mi parecer los retos pendientes que la política de extranjería (no solo la laboral, aun cuando sea esta el eje central de mi exposición) y he formulado algunas preguntas que sin duda debería ser objeto de respuesta adecuada por parte de los poderes públicos competentes para que la inmigración pueda desarrollarse en condiciones de plena normalidad y con pleno respeto a los derechos de las personas que, por muy diversos motivos, ha iniciado la senda de la emigración hacia otros países.

Sería sin duda incompleto este artículo si no finalizara con una reflexión crítica muy personal hacia la reforma en particular y hacia la política de extranjería en general. Utilizo el término "crítica" en la novena acepción que encontramos en el diccionario de la Real Academia Española (RAE), "Juicio expresado, generalmente de manera pública, sobre un espectáculo, una obra artística, etc.". No lo utilizo, por consiguiente, en el recogido en la quinta acepción, que es "Inclinado a enjuiciar hechos y conductas generalmente de forma desfavorable".

La política de extranjería en España ha sufrido un cambio radical en muy poco años, desde que se produjera el proceso extraordinario de regularización en 2005 y que hizo incrementar de forma relevante la participación de la población extranjera de manera regular en el mercado de trabajo. La crisis económica iniciado a finales de la primera década del presente siglo, y su agravamiento en la primera mitad de la segunda, provocó un descenso de dicha población, que rápidamente volvió a aumentar a partir de la paulatina recuperación económica durante la segunda mitad. La grave crisis sanitaria sufrida en 2020 y cuyas secuelas se extendieron durante 2021, provocó una leve disminución de dicha población, si bien el dato más preocupante fue el incremento de la población extracomunitaria que quedó en situación de irregularidad sobrevenida por haber perdido su empleo y no cumplir los requisitos requeridos para poder renovar la autorización de residencia y trabajo, aun cuando la mejora

económica experimentada en 2022 (sin perjuicio del impacto que está teniendo la crisis provocada por la invasión rusa de Ucrania) ha contribuido al aumento de la población migrante, especialmente de la extracomunitaria.

Ante tal situación, la reforma de la normativa de extranjería ha pretendido sentar las bases para una mayor flexibilidad en su gestión, atendiendo los intereses manifestados por el sector empresarial, por la vía (aún no llevada a la práctica) de la ampliación del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, y por la introducción del mecanismo del arraigo por formación, que debería llevar, si funciona correctamente, a la regularización de una parte importante de la población migrante que se encuentra en situación irregular.

Ahora bien, los deseos para convertirse en realidad deben contar no solo con el apoyo normativo, sino también económico y social. Y aquí, las dudas aparecen, tal como he tratado de apuntar en mi exposición, por cuanto el CODC está paralizado, o mejor dicho mantiene los mismos criterios que existen desde hace bastante tiempo, de posibilidad de contratar solo en el ámbito del deporte profesional y de las profesiones marítimas, ante las reticencias no solo sindicales sino también del MITES de ampliación de su contenido a sectores o actividades en donde hay, al menos formalmente, población desempleada inscrita en el SEPE.

Igualmente, del arraigo por formación no conocemos los datos que permitan apuntar ya en qué dirección camina la reforma y su posible resultado positivo, y seguimos sin saber de qué vive la población extranjera irregular cuando realiza la actividad formativa, ya que no dispone de autorización de trabajo, aunque el acercamiento a la realidad, y muy especialmente por ejemplo en actividades vinculadas a la prestación de servicios en el hogar familiar, ya sea de cuidado de este o bien de alguno de sus familiares, nos permite constatar que los ingresos económicos provienen de la irregularidad laboral en la gran mayoría de las ocasiones, y en algunos de las rentas o ingresos de otros miembros convivientes.

¿Hay una respuesta mágica para resolver los problemas derivados, de una parte, de una bolsa aún importante, de población en situación irregular, y de otra del incumplimiento de la normativa laboral y de protección social incluso para una parte de la población que dispone de toda la documentación en regla? Me gustaría afirmar que sí existe, pero el panorama político a escala europea no permite ser especialmente optimista al respecto.

En cualquier caso, sí que creo que avanzando por la vía de la regularización, y mejorando los canales de acceso regular al mercado de trabajo (ya sea mediante contrataciones genéricas o nominativas, y con especial atención a la gestión de la contratación en origen) se daría un paso importante en tal dirección; sin olvidar que la desaparición del título jurídico que es una sentencia o un acta de conciliación judicial a los efectos de posibilitar la demostración de encontrarse la persona extranjera en situación irregular y facilitar con ello la solicitud de arraigo laboral, no ha contribuido en absoluto a mejorar la situación de aquellas personas, como el personal al servicio del hogar familiar, para las que se comprueba la dificultad de la actuación de la ITSS.

Ahora bien, de lo que nos debe caber la menor duda es que la condiciones de trabajo deben ser las mismas para todas las personas trabajadoras, en la empresa en que presten sus servicios y con aplicación de la normativa legal y convencional, sin que la nacionalidad sea un factor que posibilite tal diferenciación, a salvo únicamente de determinadas profesiones en el ámbito público, y para que ello sea posible no basta solo, aunque sea muy necesaria, la actuación vigilante de la representación del personal y de la ITSS, sino la creación de una conciencia social mayoritaria que ponga el acento en la igualdad. Normas y realidad social van en muchas ocasiones unidas, y la reforma laboral de 2021

lo ha puesto claramente de manifiesto, por lo que debería intentarse por todos los sujetos implicados que la regulación normativa laboral de las personas extranjeras se cumpla plenamente. No sólo las personas trabajadoras, sino también las empresas y la economía española saldrían ganando.

6. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Rodríguez, A.: *La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración, Barcelona,* CIDOB, 2006.

Bahdon Mohamed, A.: "La situación de los inmigrantes y el mundo laboral". *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, núm. 1, 2020.

Cachón Rodríguez, L.: *La España inmigrante: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Barcelona, Anthropos, 2009.

Camas Roda, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*, Barcelona, Huygens, 2016.

Camós Victoria, I., Camas Roda, F. y Rojo Torrecilla, E.: "El fenómeno de la inmigración y las políticas de empleo", *Estudios de derecho judicial*, núm. 76, 2005.

Ceinos Suarez, A.: "Roles de cuidados asumidos por las mujeres: el fenómeno de la inmigración", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm. 1, 2021.

CES: *Informe 02/2019 sobre la inmigración en España: efectos y oportunidades*, Madrid, CES, 2019.

Charro Baena, P.: *Las autorizaciones para trabajos de extranjeros*, Cizur Menor: Aranzadi, 2000.

Molina Navarrete, C. y Esteban de la Rosa, G.: "Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 219, 2001.

Ramos Quintana, M. I.: *El trabajo de los extranjeros en España,* Madrid: Tecnos, 1989.

Rodríguez Piñero, M., "Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante", *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2001.

Serrano Argüeso, M.: "Los derechos laborales en la nueva Ley de extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento sobre extranjería", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, 2002.

VV.AA. *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Gobierno de Cantabria. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, Santander, 2003.

VV.AA.: *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011),* Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2013.

VV.AA.: *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Rojo Torrecilla, E. (coord.), Valladolid, Lex Nova, 2006.