nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Recientes modificaciones efectuadas en el reglamento de la ley orgánica de extranjería y otras modificaciones en materia de extranjería

Recent modifications made to the regulation of the Organic Law on Foreigners and other modifications related to immigration

Arcadio Delgado Castañeda *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Cita Sugerida: DELGADO CASTAÑEDA, A.: «Recientes modificaciones efectuadas en el reglamento de la ley orgánica de extranjería y otras modificaciones en materia de extranjería». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 237-255

Resumen

El Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, modifica el reglamento de la ley orgánica de extranjería, recogido en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, adoptando medidas para facilitar la concesión de autorizaciones de trabajo para cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo, favorecer la actividad laboral y profesional de los estudiantes, facilitar el ejercicio de la actividad por cuenta propia de los extranjeros y agilizar la tramitación de los expedientes de extranjería. A esta modificación reglamentaria le han seguido, en el año 2022, dos modificaciones legales que inciden en la materia de extranjería, en relación con la protección de las mujeres extranjeras víctimas de violencias sexuales y con la movilidad internacional.

Abstract

Royal Decree 629/2022, of 26 July, modifies the regulations of the organic law on foreigners, included in Royal Decree 557/2011, of 20 April, taking measures to facilitate the granting of work permits to cover the needs and imbalances of the labour market, to promote the work and professional activity of students, facilitate the self-employment of foreigners and expedite the processing of immigration files. This regulatory modification has been followed, in 2022, by two legal modifications that affect the matter of immigration, in relation to the protection of foreign women victims of sexual violence and international mobility.

Palabras clave

Reforma del reglamento de extranjería; autorización de trabajo; arraigo

Keywords

Reform of the immigration regulation; work permits; rooting

1. INTRODUCCIÓN

La extranjería se ha convertido en las últimas décadas en una de las cuestiones más relevantes de la sociedad española ante la cual los poderes públicos están obligados a adoptar medidas de todo tipo para optimizar las ventajas que sin duda tiene para todos los agentes implicados, y reducir los fenómenos menos favorables que a la misma pueden asociarse.

En este contexto, en el último año han sido varias las iniciativas normativas, si bien, respondiendo a finalidades diversas. Por orden cronológico, la primera intervención corresponde a la iniciativa del Gobierno de la nación, modificando el reglamento de la ley orgánica de extranjería, con la pretensión de agilizar determinados procesos de autorización para hacer frente, desde el ámbito migratorio, a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra, así como para dar respuesta a situaciones no resueltas con la normativa reglamentaria. Se aprueba así el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, 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[1].

A esta primera iniciativa le sigue una modificación puntal del artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual[2], para otorgar protección a las mujeres extranjeras víctimas de violencias sexuales.

Finalmente, se han modificado algunos artículos de la regulación sobre la movilidad internacional, recogida en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes[3], con la pretensión de facilitar la entrada no solo a profesionales altamente cualificados sino también al emprendimiento y la inversión.

En el presente trabajo se hace un estudio detallado de la reforma del reglamento de la ley orgánica de extranjería. Junto a ello, una referencia a las otras modificaciones normativas, con incidencia en la migración laboral.

2. MODIFICACIONES EN EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA

El Real Decreto 629/2022, de 6 de julio, aborda la modificación del reglamento de la ley orgánica de extranjería, con los objetivos declarados de agilizar la respuesta a los desajustes del mercado de trabajo asociados a la escasez de mano de obra, adecuar el marco normativo de autorizaciones de trabajo al modelo de contratación laboral vigente tras las modificaciones introducidas por 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, así como, finalmente, actualizar algunos elementos de figuras previstas en el reglamento de la ley orgánica de extranjería tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años.

Con estos objetivos se modifican diecinueve artículos y dos disposiciones adicionales del reglamento, y se suprimen los seis artículos que regulaban la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, como efecto derivado de la nueva normativa sobre contratación temporal tras la reforma laboral de 2021. En buena lógica, se ha querido acompasar la corrección del exceso de temporalidad del mercado de trabajo español con la regulación de las autorizaciones de trabajo para ciudadanos extranjeros, limitando las autorizaciones para actividades de temporada a la gestión colectiva de contrataciones en origen. No obstante, la entrada en vigor de la supresión de los citados artículos no se producirá hasta el 26 de julio de 2023[4].

El proyecto se tramitó con declaración de urgencia, prescindido de la consulta pública previa. Tampoco se negoció en el ámbito del dialogo social, como sí ocurrió en las reformas más amplias de la normativa reglamentaria de extranjería en los años 2004 y 2011, generando el malestar de las centrales sindicales mayoritarias, UGT y CCOO[5]. Algunas organizaciones no gubernamentales del sector, han resaltado los aspectos positivos de la reforma, criticando que las medidas adoptadas se orienten exclusivamente a facilitar el acceso al mercado laboral, sin abordar los problemas de la integración de la población migrante[6].

[1] BOE de 27 de julio de 2022.
[2] BOE de 7 de septiembre de 2022.
[3] BOE de 22 de diciembre de 2022.
[4] Disposición final única del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.
[5] https://www.ccoo.es/noticia:633525
[6] Notas de prensa: Reglamento de extranjería: una reforma necesaria, aunque limitada, firmada por CONVIVE Fundación Cepaim, Red Acoge, CEAR, Andalucía Acoge y Cáritas (https://www.caritas.es/main-files/uploads/2022/07/NP_Ley_Extranjeria-27-07-22.pdf)

En efecto, la mayor parte de los preceptos modificados del reglamento de la ley orgánica de extranjería tienen conexión con la migración laboral, y a estos vamos a referirnos. Junto a ellos, también se reforman otros, como el relativo a los medios económicos a acreditar por un extranjero para la obtención de una autorización de residencia por reagrupación a favor de sus familiares (artículo 54), o la inclusión de una nueva causa de extinción de las autorizaciones de residencia temporal (artículo 162.2.f) y de larga duración (artículo 166.1.f), por la condena del extranjero, en sentencia firme, por la comisión de delitos de trata de seres humanos o contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Siguiendo la sistemática recogida en el preámbulo de la norma, se puede agrupar la reforma de las distintas disposiciones del reglamento de la ley orgánica de extranjería teniendo en cuenta su incidencia sobre cuatro elementos:

1.- *Facilitar la concesión de autorizaciones de trabajo de cara a cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo*. En sintonía con los objetivos quinto y sexto del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular[7], la reforma pretende aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular y facilitar la contratación equitativa de trabajadores migrantes, salvaguardando las condiciones que garantizan el trabajo decente. El "ideal" de canalización de la migración laboral a través de mecanismos regulares choca en la práctica con la existencias de importantes bolsas de inmigrantes cuya irregularidad inicial o sobrevenida convierte a miles de personas en potenciales trabajadores, en situación de necesidad que demandan obtener recursos mediante su trabajo, lo que se ve favorecido por el interés de muchos empleadores por obtener sus servicios, atraídos estos por el déficit de derechos laborales reclamados y el menor coste de contratación, fundamentalmente por la ausencia de cotización al sistema de Seguridad Social.

Y para luchar contra estos incumplimientos, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social encuentra dificultades para su persecución, en numerosas ocasiones por la existencia de un interés compartido en mantener la situación, ante las consecuencias derivadas del procedimiento sancionador, y en otras, por el ámbito particular en que se llevan a cabo (trabajos domésticos, actividades en explotaciones agrícolas y ganaderas familiares, entre otros).

El declarado interés de la reforma por reducir las "prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión", se aborda tratando de equilibrar la potenciación de los mecanismos regulares de contratación, haciendo más atractivo para empresas y trabajadores extranjeros el uso de estos, con el establecimiento de medidas para facilitar la regularización de los trabajadores extranjeros sin autorización e impedir la irregularidad sobrevenida.

De este modo, la reforma contempla algunas medidas para facilitar el funcionamiento del mercado laboral a través de medios regulares de acceso. Así, se modifica la determinación de la situación nacional de empleo a través de la figura del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y del procedimiento de gestión de las ofertas de empleo ante los Servicios Públicos de Empleo (artículo 65). Se viene a reconocer que el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura no ha servido para la finalidad que fue concebido, al recoger, año tras año, ocupaciones que no responden a las necesidades reales de las empresas. Asimismo, se modifica ampliamente el mecanismo de la gestión colectiva de la contratación en origen (artículos 167 a 170).

Pero también se introducen modificaciones normativas dirigidas a facilitar la regularización de la situación de los extranjeros que encontrándose de manera irregular desean trabajar. Para ello se lleva a cabo cambios en la regulación de los arraigos laboral, social y familiar, y se crea un nuevo tipo de arraigo, el arraigo para la formación (artículo 124), destinado a ciudadanos extranjeros en situación irregular que cumplan el compromiso efectivo de formación para obtener una autorización de residencia, pretendiendo, con esta figura, un doble objetivo: "obtener personal con la formación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que ofertan las empresas", e "incorporar al mercado laboral

[7] Aprobado por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195)

a personas que se encuentran trabajando de manera precaria o directamente irregular". Asimismo, se regula el procedimiento para la concesión de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales dirigida a aquellos extranjeros que se encuentren trabajando en situación irregular y opten por colaborar con la administración laboral en la persecución de la infracción (artículo 127).

En línea con lo anterior, y tratando de reducir los supuestos de irregularidad sobrevenida, se facilita la renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena (artículo 71) y la compatibilidad de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y propia (artículo 201) y se alarga la vigencia de las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo, tanto por cuenta ajena como propia (artículos 72 y 109).

Veamos ordenadamente todas estas modificaciones.

1.1.- Medidas para facilitar la contratación laboral de personas extranjeras a través de medios regulares de acceso al mercado de trabajo. Como hemos dichos, se lleva cabo la reforma de tres figuras existentes, el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, la gestión de la oferta en los Servicios Públicos de Empleo y la gestión colectiva de la contratación en origen.

1.1.1.- El Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (artículo 65.1) se concibió como un instrumento para medir la situación nacional de empleo, esto es, la necesidad y disponibilidad del mercado de trabajo para permitir la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo iniciales a extranjeros desde su país de origen. Su escasa virtualidad practica ha llevado a que se introduzcan las siguientes modificaciones:

— La determinación del procedimiento para su elaboración se deberá hacer mediante Orden 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, y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. Se eleva así el rango de la norma que, hasta la fecha, se recogía en una Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal[8]. No obstante esta previsión, hay que indicar que sobre la base de aquella resolución se ha elaborado el último Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura [9].

— Se prevé la incorporación al Catálogo de ocupaciones pertenecientes a los sectores económicos que se establezcan por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y, por tanto, la decisión de un órgano económico, al margen de los ministerios que tradicionalmente han tenido capacidad de decisión en materia de migración laboral.

— Se elimina la posibilidad de dejar fuera del Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza pudieran ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo, teniendo en cuenta su escasa virtualidad práctica, así como la creación de la nueva figura del arraigo para la formación.

1.1.2.- La gestión de las ofertas ante los Servicios Públicos de Empleo (artículo 65.2), se configura como un trámite necesario para que el empresario, como sujeto legitimado, puede poner en marcha el procedimiento de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial, para cubrir un puesto de trabajo vacante y no incluido en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

[8] Resolución de 14 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece un nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (BOE de 7 de diciembre de 2005).

[9] Resolución de 17 de junio de 2022, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el tercer trimestre de 2022 (BOE de 21 de julio de 2022).

Se trata de certificar que no existen inscritos como demandantes de empleo, en las oficinas de empleo, ciudadanos españoles o extranjeros con autorización de trabajo que puedan cubrir una concreta oferta de trabajo. Para mejorar el procedimiento, se introducen las siguientes modificaciones:

— Se aclara que la oferta puede ser presentada por el empleador contratante directamente en las oficinas de empleo o a través del portal Empléate.

— Se reducen los plazos de tramitación de la oferta, pasando de quince a ocho días el periodo durante el cual el Servicio Público de Empleo debe dar publicidad de la oferta, de veinte a ocho días el plazo en el que el empleador debe comunicar al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección de candidatos presentados, debiendo, además indicar los candidatos que han sido admitidos y los que han sido rechazados, así como la causa del rechazo, y de cinco a tres días el plazo con el que cuenta el Servicio Público de Empleo para certificar la insuficiencia de demandantes.

— Se elimina la obligación de incluir en el certificado tanto la cifra de personas inscritas en la provincia como demandantes de empleo para la ocupación de correspondiente, como la valoración sobre si se trata de una ocupación que pudiera ser cubierta por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios Públicos de Empleo

1.1.3.- La gestión colectiva de la contratación en origen, se configura en el artículo 39 de la ley de orgánica de extranjería[10], como un mecanismo destinado a la contratación programada de trabajadores que no se hallen o residan en España, para desempeñar determinados empleos, siendo seleccionados en los países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios. En la práctica ha tenido un papel indiscutible para cubrir la demanda de trabajadores, fundamentalmente en las campañas agrícolas que precisan un importante número de temporeros que no se cubren con los inscritos en las oficinas de empleo. Asimismo, se posibilita que en este instrumento se establezca un número de visados de búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. Se reforman ahora diversos artículos del reglamento, y de modo particular, los artículos 167 y 170.

Con base en la normativa reformada se ha aprobado la orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023[11].

Se pueden destacar las siguientes modificaciones:

— Se aclara que la orden anual podrá recoger tres posibilidades de migración: estable, circular y mediante visados de búsqueda de empleo (artículo 167). La diferencia entre la migración estable y circular se vincula a si los puestos ofertados pueden o no ser cubiertos mediante contratos fijos-discontinuos, remitiéndose el reglamento de la ley orgánica de extranjería expresamente, en relación con los requisitos a cumplir, al artículo 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[12]. Los modelos de contratación estable y circular podrán realizarse de forma genérica y nominativa.

[10] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración (BOE de 12 de enero de 2000).

[11] Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023 (BOE de 29 de diciembre de 2022).

[12] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015).

— Los mayores cambios se producen en relación con la denominada migración circular, olvidando el modelo de contratos temporales anuales para adecuarse al contrato fijo-discontinuo, lo que requiere compatibilizar el carácter imperativo del retorno anual al país de origen con la estabilidad de un contrato de naturaleza indefinida. De este modo, las autorizaciones de trabajo vinculadas a la contratación colectiva en origen para la migración circular tendrán una duración de cuatro años, habilitando a trabajar por un periodo máximo de nueve meses en un año en un único sector laboral, y supeditando su vigencia al compromiso de retorno del trabajador al país de origen, y al mantenimiento de las condiciones que justificaron la concesión de la autorización. Se trata de autorizaciones dirigidas a cubrir puestos de naturaleza estacional, de temporada o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos.

— La concesión de la autorización de trabajo para la migración circular se prevé inicialmente para un único empleador, si bien la orden anual de gestión colectiva de contrataciones en origen podrá contener especificidades en relación con los requisitos de las concatenaciones entre provincias y cambios de empleador. Así, la orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023, contempla formas de tramitación ordinaria (una oferta por un empresario o número reducido de empresarios para un número reducido de trabajadores), unificada (a través de una organización empresarial en representación de distintos empleadores) y concatenada (gestión enlazada de campañas o actividades que permite al trabajador desplazarse sucesiva e ininterrumpidamente a diferentes actividades en la misma o distinta provincia en un mismo proyecto o cadena de concatenación). De acuerdo con la reforma del reglamento de la ley orgánica de extranjería (artículo 170.3), las modificaciones derivadas de la concatenación no podrán suponer una ampliación del número de meses trabajados por año, ni alterar el sector para el que se concedió.

— El reglamento aclara los requisitos que para la gestión, selección e intervención social y concesión de autorizaciones de trabajo o de residencia y trabajo, deben recogerse en la correspondiente orden (artículo 170). De esta forma, se lleva al reglamento de la ley orgánica de extranjería disposiciones que se contemplaban antes en las órdenes anuales de gestión colectiva de contrataciones en origen. Así, de modo particular, el empleador debe poner a disposición del trabajador, un alojamiento adecuado y organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen.

— Por lo que respecta al alojamiento, este habrá de reunir las condiciones previstas en la normativa en vigor y las recomendaciones sanitarias, y deberá garantizarse la dignidad, habitabilidad e higiene adecuadas. La orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023, precisa que el cumplimiento de esta garantía por el empleador podrá ser objeto de certificación y/o verificación y que, en la migración circular, el alojamiento deberá facilitarse durante la vigencia del contrato de trabajo, extendiéndose más allá de su vigencia en caso de que concurran causas sobrevenidas de fuerza mayor, que deberá mantenerse hasta la finalización de estas causas. De manera expresa se prevé la ampliación de la permanencia hasta el día del viaje en supuestos de dificultad manifiesta en su organización, imputable al empleador, o causa sobrevenida que imposibilite la salida y viaje del trabajador.

— En el caso del sector agrícola, las condiciones mínimas del alojamiento se regulan con detalle en el anexo IX de la orden, previendo, de manera particular, que no podrán destinarse a alojamientos tiendas de campaña, autocaravanas o similares, ni edificaciones que se encuentren en sótanos o semisótanos, salvo que, al menos, un metro de su altura

se encuentre sobre rasante. Deberán estar alejados de cuadras, vertederos, depósitos, instalaciones o lugares donde haya o se emitan substancias y productos malolientes o perjudiciales para la salud. Dispondrán de un botiquín de primeros auxilios.

— Hay que recordar que tras la modificación del artículo 19.1.a) de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social[13], la actuación de la Inspección de Trabajo se podrá ejercer también en locales, viviendas, u otros lugares habilitados, aun cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, en los que residan, se alojen o puedan permanecer los trabajadores por razón de su trabajo durante los períodos de descanso, y hayan sido puestos a disposición de los mismos por el empresario, en cumplimiento de una obligación prevista en una norma legal, convenio colectivo o contrato de trabajo, siendo preciso el consentimiento expreso del titular o titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, esto es, del morador de la vivienda.

— En relación con la organización de los viajes, el empleador debe asumir, como mínimo, el coste del primer viaje y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar del alojamiento. La orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023 precisa que la obligación se extenderá a cada uno de los desplazamientos anuales durante la vigencia de la autorización plurianual en la migración circular, y al primer desplazamiento en la migración estable. Además, el empleador debe garantizar que la persona, antes del inicio de su contrato, dispone de información clara y en un idioma que comprenda acerca de las garantías, derechos y obligaciones contraídas al participar en el programa de migración circular, sobre los términos y condiciones en los que se producirá su contratación y retribución, incluida la información contenida en la oferta de empleo de que la autorización trae causa, y además deberá de resolver todas las dudas que puedan tener los trabajadores antes de iniciar el contrato.

— La orden también obliga al empleador a informar a la representación legal de los trabajadores o, en su ausencia, a 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 puedan asesorar a los trabajadores llegados en el marco de la gestión colectiva de la contratación en origen.

— El artículo 170.6 exige que para aquellas ocupaciones que requieran una certificación de aptitud profesional o habilitación específica para el desempeño del trabajo, la autorización se supedite a la obtención de este requisito, de manera que podrá concederse una autorización de residencia de seis meses para la formación con el objetivo de obtener dicha certificación. Sin embargo, esta autorización no habilita para trabajar, de modo que completada la formación y acreditada ante el Área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno o, en el caso de Subdelegaciones del Gobierno, la Dependencia provincial del Área de Trabajo e Inmigración, procederá la concesión de la autorización de trabajo. De no superarse la formación, el trabajador estará obligado a retornar a su país de origen.

[13] Se modifica el artículo 19.1.a) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio de 2015), por el artículo quinto de la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación (BOE de 17 de diciembre de 2020).

— A la finalización de la vigencia de la autorización de trabajo para la migración circular, podrá solicitarse su prórroga por periodos iguales de vigencia. No obstante, se posibilita al extranjero que acredite haber cumplido el compromiso de retorno para solicitar, en el periodo de seis meses desde la finalización de la autorización, una autorización de residencia y trabajo por dos años de duración, prorrogables por otros dos, permitiéndole trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia y sin necesidad de retorno.

— Además, la orden anual debe contemplar también el retorno del trabajador extranjero a su país de origen, en los términos previstos por el contrato fijo-discontinuo y en la vigencia de su visado, y la notificación de dicho retorno. La orden de gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023 (artículo 6) regula el cumplimiento del compromiso de retorno, previendo que en el plazo de un mes desde el término de la autorización de residencia y trabajo en España, el trabajador deberá personarse en la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a fin de acreditar el cumplimiento de su compromiso de regreso, emitiendo aquella un justificante que recoja la fecha en la que el extranjero se presentó en la citada oficina.

Las empresas, individualmente o a través de las organizaciones empresariales en función de cómo se haya presentado la solicitud, deberán informar a la Subdelegación o Delegación del Gobierno, en un plazo de cuarenta y ocho horas, del listado de los trabajadores que han entrado en España y que han retornado a su país de origen tras la finalización de la actividad laboral. Deberán informar en un plazo de cuarenta y ocho horas desde que se produce, de las personas que han realizado un abandono injustificado del puesto de trabajo y no resultan localizables, así como del incumplimiento del compromiso de retorno en los términos previstos. El incumplimiento de estas obligaciones empresariales carece de tipificación en materia de extranjería.

1.2.- Medidas para facilitar la regularización de extranjeros en situación irregular. Se aborda la reforma de los arraigos laboral, social y familiar, se crea el nuevo arraigo para la formación y se aclara el procedimiento para la concesión de autorización por colaborar con la administración laboral.

1.2.1.- El arraigo laboral (artículo 124.1) permite la obtención de una autorización de residencia temporal a los extranjeros que careciendo de antecedentes penales acrediten permanecer en España de manera continuada durante un periodo mínimo de dos años y demuestren la existencia de relaciones laborales de duración no inferior a seis meses. Las modificaciones efectuadas por el Real Decreto 629/2022 han sido las siguientes:

— Se precisa que el extranjero se encuentre en situación de irregularidad en el momento de la solicitud, dejando fuera a los solicitantes de protección internacional[14].

— El interesado puede demostrar la relación laboral y su duración, aportando cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. La lectura del precepto modificado plantea no pocas dudas. Hay que partir de la regulación anterior, que configuraba el arraigo laboral como un mecanismo para regularizar a extranjeros en situación irregular trabajando en la economía informal, por lo que limitaba los medios de prueba de la relación laboral y

[14] Hay que tener en cuenta que los solicitantes de protección internacional tendrán los derechos que se recogen en el artículo 18 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE de 31 de octubre de 2009), habiendo interpretado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia n.º 173/2021 de 10 de febrero de 2021 que «el solicitante de asilo ostenta el derecho fundamental de la libertad de circulación por todo el territorio del estado español y de poder fijar libremente su residencia en todo el territorio nacional, si bien con la obligación de comunicarlo a la Administración».

su duración, a la resolución judicial que la reconociera o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acreditara.

Sin embargo el Tribunal Supremo[15] entendió que la norma no puede limitar la prueba de modo que el interesado puede demostrar las relaciones laborales previas por cualquier medio de prueba válido en derecho. De este modo la norma permite ahora cualquier medio de prueba, desapareciendo las referencias anteriores. Ahora bien, de manera expresa pero imprecisa, limita las relaciones laborales que pueden servir de base al arraigo laboral a las realizadas en "situación legal de estancia y residencia", dejando fuera aquellas otras realizadas en situación de irregularidad. Parece así que se deja el arraigo laboral para supuestos de irregularidad sobrevenida, por motivos diversos, llevando a la residencia por circunstancias excepcionales de colaboración con la administración laboral del artículo 127, tras la reforma, a los extranjeros que acrediten trabajar en situación de irregularidad. Con todo, la nueva regulación dificulta en la práctica la gestión de los expedientes de arraigo laboral, trasladando la valoración de las pruebas que al respecto se aporten en el expediente al criterio del órgano administrativo de gestión y resolución, lo que a falta de instrucciones generales al respecto puede dar lugar a soluciones diversas.

— Si se aclara que el trabajo debe haberse desarrollado dentro de los últimos dos años, pudiendo ser actividades por cuenta ajena, en cuyo caso, deberá acreditarse como mínimo una jornada de treinta horas semanales en el periodo de seis meses o de quince horas semanales en un periodo de doce meses, o por cuenta propia, lo que exigirá una actividad continuada de, al menos, seis meses.

— Evidentemente, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe seguir siendo rigurosa en aquellos casos que se constate la actividad laboral de un extranjero sin la correspondiente autorización para trabajar y que se compruebe que venía trabajando con anterioridad, reflejando en el acta el periodo de tiempo trabajado, con el correspondiente incremento de la sanción[16].

1.2.2.- El arraigo social (artículo 124.2) habilita a residir a los extranjeros que, careciendo de antecedentes penales, acrediten una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, cuenten con contrato de trabajo adecuado y tengan vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presenten un informe de arraigo. Este mecanismo de regularización permanente, ampliamente utilizado, ha sido objeto de limitadas modificaciones:

— Se precisa que el contrato de trabajo debe garantizar al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, con una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global, en cuyo caso deberá garantizar al menos el salario mínimo interprofesional, o bien veinte 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.

[15] Sentencia n.º 1184/2021 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2021. La misma Sala ha dictado otras resoluciones judiciales que confirman la doctrina anterior, en concreto las sentencias n.º 1802/2021 y 1806/2021.

[16] El art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31/12/2003), contempla un incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.

— Se facilita la posibilidad de presentar más de un contrato, suprimiéndose el requisito de duración del contrato de trabajo que la norma venía exigiendo.

— Finalmente, se concreta que la posibilidad de exención del requisito de contar con un contrato de trabajo por disponer de medios económicos suficientes se refiera al cien por cien de la cuantía de la renta garantizada del Ingreso Mínimo Vital.

1.2.3.- El arraigo familiar (artículo 124.3) permite la autorización de residencia por circunstancias extraordinarias a extranjeros en situación irregular por razón de sus vínculos familiares. La reforma de esta figura ha sido relevante:

— Por un lado, se amplían los vínculos familiares que habilitan el arraigo familiar. Así, en primer lugar, al tutor de un menor de nacionalidad española, y a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad de nacionalidad española[17].

En segundo lugar, también se amplía al cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, a los ascendientes mayores de sesenta y cinco años, o menores de sesenta y cinco años a cargo, descendientes menores de veintiún años, o mayores de veintiún años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho.

— En ambos casos se concede una autorización de residencia por cinco años, frente a la vigencia general de un año prevista en el artículo 130, autorización que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.

1.2.4.- El arraigo para la formación (artículo 124.4) se incorpora a los supuestos de arraigo, tomando como referencia la figura alemana de la estancia tolerada, para personas extranjeras que, careciendo de antecedentes penales, acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años y cumplan un compromiso efectivo de formación.

De cumplir los requisitos señalados, se concede una autorización de residencia temporal por un periodo de doce meses que podrá prorrogarse una única vez por otro período de doce meses en los casos que la formación tenga una duración superior a doce meses o su duración exceda la vigencia de la primera autorización concedida. Esta autorización de residencia no lleva consigo autorización para trabajar.

Respecto a la formación que habilita para este tipo de arraigo, y siguiendo las precisiones establecidas por Secretaría de Estado de Migraciones[18] podrá ser de los siguientes tipos:

— Formación reglada perteneciente al Sistema de Formación Profesional: lo que incluye los Títulos de Formación Profesional, los Cursos de Especialización, los Certificados de Profesionalidad (Certificados Profesionales) y los Certificados de Competencia.

— Formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica.

[17] Hay que tener en cuenta la aplicación de las Instrucciones DGM 8/2020, sobre la residencia en España de los progenitores, nacionales de terceros países, de menores ciudadano de la Unión, incluidos españoles (https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/instruccion_progenitores_de_menores_ciudadanos_UE_y_nacionales.pdf)

[18] Instrucciones SEM 1/2022 sobre arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el artículo 124 del Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril (https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2022/221010_InstruccionesArraigoFormacionOtras.pdf)

— Formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo, incluida en el Catálogo de Especialidades Formativas.

— 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.

Superada la formación y durante la vigencia de la autorización de residencia, el extranjero podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo, de dos años de duración, que habilitará a trabajar por cuenta ajena y estará condicionada al alta en la Seguridad Social.

Para ello deberá acreditar:

— Contrato de trabajo relacionado con la formación recibida y acreditada en el arraigo, que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el establecido por el convenio colectivo aplicable.

— Haber superado con aprovechamiento la formación, esto es, haber finalizado en su totalidad la formación de acuerdo con el programa lectivo o formativo y poder presentar un certificado de la entidad que imparte la formación que acredite este hecho.

1.2.5.- Dentro de los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales, el artículo 127 recoge su concesión a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas. Se incorpora ahora al citado artículo el procedimiento para la concesión de la autorización temporal en el supuesto de colaboración con la administración laboral, del siguiente modo:

— La competencia corresponde a la Dirección General de Migraciones.

— Se concede a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante cualquier medio de prueba, estar trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año.

— La solicitud puede presentarla la persona extranjera o de oficio la autoridad laboral.

— Deberá incorporarse la prueba que acredite la relación laboral previa, de manera expresa, la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción.

La nueva regulación plantea no pocos problemas. En primer lugar, parece que hace descansar sobre el extranjero en situación irregular la prueba de encontrarse trabajando, lo que choca con el procedimiento de actuación inspectora. En realidad, será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la que, a través de su actuación, constate que el trabajador extranjero está trabajando en situación irregular, tras la correspondiente investigación de acuerdo con las facultades que la ley le otorga para el desempeño de sus funciones[19], y valorando las posibles pruebas que pueda aportar el extranjero, que en muchos casos se limitará a la denuncia de los hechos, con identificación del lugar de prestación de servicios.

En segundo lugar, y como medio de prueba de la relación laboral en situación de irregularidad, se recuperan, aunque de manera ambigua, aquellos que antes se recogían para el arraigo laboral, esto es, la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción. Respecto de la resolución

[19] Conforme al artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 23 de julio de 2015).

administrativa, se entiende que será aquella que confirme el acta de infracción en la que se constata la prestación laboral del trabajador en el periodo exigido para la concesión de la autorización. Y respecto de la resolución judicial, está claro que podrá ser aquella que, en su caso, confirme los hechos del acta de infracción, bien sea en la impugnación judicial de la resolución administrativa sancionadora o en el procedimiento de oficio. Más dudas presenta que pueda aportarse como prueba una sentencia que reconozca una relación laboral, sin intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dado que la autorización se concede por colaboración con la administración laboral, lo que podría salvarse con la intervención inspectora con posterioridad a la resolución judicial.

1.3.- Medidas para reducir la irregularidad sobrevenida. Se lleva a cabo modificaciones en relación con las renovaciones y la compatibilidad de autorizaciones.

1.3.1.- En relación con la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, se reforma el artículo 71 ampliando las posibilidades de renovación con la reducción del tiempo exigido de actividad previa y los requisitos adicionales exigidos. De esta forma podrá renovarse la autorización cuando el trabajador acredite un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año y cuente con un contrato de trabajo, en los términos exigidos, o bien acredite que la relación laboral que dio lugar a la autorización se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, y que ha buscado activamente empleo, inscribiéndose en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.

1.3.2.- Además, se mejoran las condiciones de la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (artículo 72.1) y propia (artículo 109.7), aumentando su vigencia de dos a cuatro años, salvo que proceda una autorización de residencia de larga duración, y habilitando para trabajar tanto por cuenta propia como ajena, en ambos casos.

1.3.3.- Lo anterior lleva consigo la reforma de lo previsto para la compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia (artículo 201), suprimiéndose la necesidad de acreditar la compatibilidad del ejercicio de ambas actividades lucrativas, en relación con su objeto y características, duración y jornada laboral, bastando por tanto, acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para la obtención de cada una de las autorizaciones.

1.3.4.- Se facilita el tránsito de la residencia de los familiares reagrupados a residencia independiente (artículo 59), suprimiéndose la exigencia de un contrato de trabajo de un año de duración mínima, pudiendo aportarse uno o varios contratos de trabajo de los que se derive una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional mensual referido a la jornada legal de trabajo o el que derive del convenio colectivo aplicable.

2.- *Favorecer la actividad laboral y profesional de los estudiantes*. Con el reconocimiento de la previa existencia de una normativa restrictiva para el trabajo de los estudiantes con autorización de estudios en España, otorgando la normativa comunitaria[20] margen suficiente de actuación, se reforma el régimen del trabajo de los estudiantes, mejorando las condiciones en las que pueden trabajar y facilitando el tránsito a la situación de residencia.

Respecto al régimen de la autorización de trabajo de los estudiantes, se introducen las siguientes modificaciones en el artículo 42 del reglamento de la ley orgánica de extranjería:

— Se elimina la restricción relativa a que los ingresos obtenidos por el trabajo autorizado no podían tener el carácter de recurso necesario para el sustento o estancia del estudiante

[20] Así, el artículo 7.1.e) de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (DOUE núm. 132, de 21 de mayo de 2016), contempla como requisito para la concesión de autorización a estudiantes extranjeros el contar con recursos suficientes pudiendo estos provenir de un contrato de trabajo válido en el país de acogida.

extranjero, ni ser considerados en el marco del procedimiento de prórroga de estancia, con lo que ahora si se podrá justificar los recursos del trabajo al acreditar medios económicos necesarios para sufragar los gastos de estancia y regreso a su país, y, en su caso, los de sus familiares.

— Podrá autorizarse a trabajar por cuenta propia y ajena, cuando se trate de extranjeros con autorización de estudios concedida para realizar o ampliar estudios superiores, de formación reglada para el empleo o destinada a la obtención de un certificado de profesionalidad, o formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación, siempre que la actividad laboral sea compatible con la realización de los estudios.

— Se suprime la imprecisa referencia al contrato a tiempo parcial y la limitación para los contratos a jornada completa, concretando ahora que la actividad laboral no podrá ser superior a treinta horas semanales.

— Se precisa que la vigencia de la autorización para trabajar coincidirá con la duración de la autorización de estancia, con lo que la pérdida de vigencia de la autorización de estancia llevará consigo la extinción de la autorización para trabajar.

Para facilitar el tránsito de la situación de estancia por estudios a la de residencia y trabajo, se modifica el artículo 199 de reglamento de la ley orgánica de extranjería:

— Se suprimen requisitos exigidos para la modificación de la situación, y en particular, la exigencia de permanencia previa en España durante al menos tres años como titular de una autorización de estancia.

— Se amplia el periodo en el que puede solicitarse la modificación de la autorización, que podrá hacerse en los mismos plazos señalados para la renovación de las autorizaciones de residencia, esto es, durante los sesenta días previos o los noventa posteriores a la vigencia de la autorización de estancia principal.

3.- *Facilitar el ejercicio de la actividad por cuenta propia de los extranjeros*. La realidad muestra el reducido recurso a la actividad emprendedora por parte de los ciudadanos extranjeros, utilizando la autorización inicial de trabajo por cuenta propia[21]. Ello puede deberse a las trabas que acompañan al procedimiento de concesión, plagado de exigencias documentales y que requiere de una importante inversión ligada al proyecto de actividad. Para tratar de hacer más atractivo a los extranjeros el inicio de proyectos empresariales en nuestro país, se revisa la regulación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, modificando los artículos 105 y 109 del reglamento de la ley orgánica de extranjería.

Así, se flexibilizan ligeramente los requisitos exigidos en el artículo 105.3 para la autorización inicial, de manera que se elimina la obligación de probar que se cuenta con recursos económicos suficientes para la propia manutención y alojamiento, que hacía el artículo 105.3, si bien deberá acreditarse que la inversión es suficiente para implantar el proyecto y crear el propio empleo y otros, en su caso. Ninguna modificación se recoge en cuanto a la documentación a aportar, por lo que se mantiene la exigencia de documentar el proyecto de actividad a realizar y la inversión económica precisa para su implantación. Ahora bien, en la práctica se admite que el informe de determinadas

[21] Según la memoria del Reglamento, durante 2021 «se concedieron al amparo de las normas reglamentarias una cifra tan escasa como 285 autorizaciones iniciales» (duración, y habilitará para trabajar por cuenta ajena y propia (BOE. Consejo de Estado: Dictámenes. Número de expediente: 1175/2022 (INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES)

entidades u organizaciones sirva para acreditar este requisito[22]. Lo que no sería posible es la simple declaración responsable del interesado.

Como ya se ha dicho, el artículo 109.7 amplia a cuatro años la vigencia de la renovación de la autorización inicial, renovación que habilitará también para trabajar por cuenta ajena, en consonancia con la modificación del artículo 72.1 para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, cuya vigencia también será de cuatro años, salvo que proceda una autorización de residencia de larga duración.

4.- *Agilizar la tramitación de los expedientes de extranjería*. Teniendo en cuenta la limitada capacidad de las Oficinas de Extranjería[23], se opta por la creación de una unidad flexible de gestión que, de manera centralizada, pueda prestar apoyo a las oficinas en la tramitación de los expedientes de extranjería, buscando la innovación en la gestión sobre la base de los principios de deslocalización y tramitación electrónica. Para ello, la disposición adicional única mandata la creación de la llamada Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería, dependiente de la Dirección General de Migraciones, otorgando a tal fin un plazo, ya cumplido, de seis meses.

3. OTRAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

3.1. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA POR LA LEY ORGANICA 10/2022

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, más conocida como "*ley del sólo si es si*", se promulga con la intención proteger el derecho a la libertad sexual, impulsando la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de las víctimas. La ley se refiere a la violencia sexual, como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital.

Con esta finalidad tuitiva, se garantiza a las mujeres extranjeras, víctimas de violencias sexuales en situación irregular, el derecho a obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales que le permita residir y trabajar. Para ello, la disposición final sexta de la ley orgánica modifica el artículo 31 bis de la ley orgánica de extranjería otorgando a las mujeres víctimas de violencias sexuales que denuncien su situación, un estatus similar al que venía recogido para las víctimas de violencia de género, y que se concreta en los siguientes derechos:

— En primer lugar, cuando la mujer que denuncie la situación de violencia sexual sea extranjera en situación irregular, no se incoará expediente sancionador por estancia irregular o se suspenderá el expediente incoado con anterioridad a la denuncia o la ejecución de las eventuales órdenes de expulsión o devolución acordadas.

[22] La Instrucción DGI/SGRJ/05/2007 preveía la incorporación a los expedientes de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, de informes emitidos por determinadas organizaciones otorgándoles la consideración de medios de prueba del cumplimiento de ciertos requisitos reglamentarios, entre ello, la suficiencia de la inversión, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba. En particular, se vienen admitiendo como tales los informe de la Federación Nacional de Asociaciones de Empresarios y Trabajadores Autónomos (ATA), la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA), la Confederación Intersectorial de Autónomos del Estado Español (CIAE), la Organización de Profesionales y Autónomos (OPA) y Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE).

[23] A este respecto, la memoria del Reglamento pone como ejemplo que "el porcentaje de resolución global en plazo de los expedientes de circunstancias excepcionales (como el arraigo) es del 47 %, es decir, más de la mitad de las solicitudes se tramitan por encima del plazo establecido. Hay oficinas en las que más del 90 % de los expedientes se resuelven por encima de los nueve meses".

— En segundo lugar, la mujer podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales desde que se dicte la orden de protección a su favor o bien con el informe del Ministerio Fiscal recogiendo indicios de violencia sexual, pudiendo presentar también autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de su hijos menores de edad o con discapacidad, que podrá ser también para trabajar si son mayores de dieciséis años y se encuentran en España en el momento de la denuncia.

— En tercer lugar, y mientras se tramitan las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, se otorgará a la mujer (y a los hijos menores o con discapacidad) una autorización provisional de residencia que también autorizará a trabajar en el caso de la mujer o de los hijos mayores de dieciséis años.

Conviene advertir que esta ley otorga un nuevo papel a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de modo que el informe emitido por los funcionarios del Organismo, en el ejercicio de la actuación inspectora, puedan servir para acreditar las situaciones de violencia sexual. La competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia se conecta con las actuaciones de vigilancia y control de la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, de modo que las conductas de violencia en el trabajo, entre las se incluyen los supuestos de violencia sexual, contravienen no solo el derecho de las personas trabajadoras al respeto a la consideración debida de su dignidad, sino también el derecho a su seguridad y salud, bastando la existencia de un riesgo real y previsible de daño a la salud para que sean de aplicación las normas de prevención de riesgos laborales.

No precisa el artículo 37 de la Ley Orgánica 10/2022 el procedimiento de acreditación y, por tanto, las peculiaridades del informe a emitir, remitiéndose la concreción de los procedimientos, a los acuerdos que puedan alcanzarse en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad.

3.2. MODIFICACIÓN DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL POR LA LEY 28/2022

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, dedica un amplio título V a la internalización de la economía española, abordando con detalle, en la sección segunda, bajo la rúbrica de "movilidad internacional", diversos supuestos en los que el legislador consideró que, por razones de interés económico, debía facilitarse y agilizarse la concesión de visados y autorizaciones de residencia con el fin de atraer inversión y talento a nuestro país. De este modo se reguló un procedimiento ágil y rápido, tramitado ante un nuevo y único organismo, la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, por tanto, fuera de la competencia de las limitadas de capacidad y muchas veces saturadas oficinas provinciales de extranjería. A través de esta norma, se vienen tramitando las autorizaciones para entrar y residir en España de inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que efectúen movimientos interempresariales[24].

La disposición final quinta de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, ha introducido importantes modificaciones en relación con la regulación anterior.

1.- Regulación de los "*teletrabajadores de carácter internacional*": la aportación más significativa es la incorporación de un nuevo supuesto dentro de aquellos que tienen por objeto facilitar la entrada y permanencia en España por razones de interés económico, y que está destinado a los que denomina "teletrabajadores de carácter internacional". La norma es sensible a la realidad que se ha

[24] En el año 2019 se concedieron 9.277 autorizaciones iniciales y 9.115 renovaciones, en aplicación de la Ley 14/2013. Después de la reducción de estas autorizaciones en los años 2020 y 2021, por efecto de la pandemia, en 2022 (hasta octubre), se concedieron 10.266 autorizaciones iniciales y 8.090 renovaciones (Últimos datos disponibles del Ministerio de Trabajo y Economía Social. https://www.mites.gob.es/estadisticas/pte/welcome.htm)

bautizado como "nomadismo digital", cuya aparición incipiente es más lejana en el tiempo pero que se ha extendido de manera singular con la pandemia. Se trata de trabajadores que pueden desarrollar su actividad laboral o profesional en remoto, lo que les permite elegir su lugar de residencia y poder desarrollar su vida en el país elegido, a kilómetros de la organización para la que trabajan y, en su caso, de los compañeros de empresa. Sin duda son muchos los atractivos que ofrece nuestro país, a lo largo de su geografía, para que los teletrabajadores se fijen en España como lugar de residencia, justificando las medidas adoptadas en el interés que supone la venida y estancia de ciudadanos con altas capacidades de gasto.

Los nuevos artículos 74 bis y 74 ter de la Ley 14/2013 definen la nueva situación y los requisitos que se exigen para su acreditación, contemplando los siguientes elementos:

— Se requiere que se trate de nacional de un tercer Estado, ya que la regulación, lógicamente, no es de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros a los que les sea de aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia.

— El motivo de permanencia en España será para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Y se debe acreditar que estas empresas no son de nueva constitución, sino que tienen una actividad real y continuada de al menos un año y que la actividad se puede realizar en remoto.

— Si se trata de trabajadores por cuenta ajena, el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional, debiendo acreditar que existe relación laboral previa durante al menos los últimos tres meses anteriores a la solicitud y que dicha empresa permite al trabajador realizar la actividad laboral a distancia.

— En el caso de trabajadores por cuenta propia, se permitirá al titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al veinte por ciento del total de su actividad profesional. En este caso se debe acreditar que el trabajador tiene relación mercantil con una o varias empresas no localizadas en España durante, al menos, los tres últimos meses.

A los extranjeros que pretendan venir a España, y acrediten, junto con otros, los requisitos señalados, se les concederá un visado para el teletrabajo de carácter internacional que les permitirá entrar y residir en España durante un máximo de un año, pudiendo solicitar, al finalizar su vigencia, una autorización de residencia para teletrabajo de carácter internacional, con una vigencia máxima de tres años, renovable por periodos de dos años, siempre que mantengan las condiciones que generaron el derecho de residencia. La autorización de residencia para teletrabajo de carácter internacional también puede solicitarse por aquellos extranjeros que se hallen en España de forma regular, con independencia de que las razones de su estancia previa en nuestro país sean otras muy diferentes, lo que abre la puerta a los estudiantes extranjeros a pasar de su situación de estancia por estudios a una autorización de residencia por esta vía.

Al añadirse este supuesto al resto de los inmigrantes "privilegiados", por razones de interés económico para nuestro país, se benefician de todas las ventajas que la ley les otorga en relación con los plazos reducidos de tramitación, con silencio positivo a su término, o la posibilidad de reagrupación familiar desde el inicio del traslado.

2.- Se introducen cambios para facilitar el procedimiento de concesión de las autorizaciones de estancia o residencia por interés económico, tales como la obligación de aportar certificado de antecedentes penales reducido a los países en los que hubiera residido en los último dos años, frente a los cinco anteriores, bastando una declaración responsable en relación con dicho periodo de cinco años (artículo 62.3.c), o la solicitud de forma electrónica para la residencia de emprendedores, pudiendo realizarse en una única instancia la tramitación de la autorización y visado de forma consecutiva (artículo 69.1).

3.- Se amplía la vigencia de las autorizaciones de dos a tres años, con el objetivo de atraer inversión y talento, para inversores (artículo 67.1), emprendedores (artículo 69.1), profesionales altamente cualificados (artículo 71), investigación (artículo 72.3) y traslado internacional (artículo 73.3). Además, se prevé la posibilidad de renovar la autorización por dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años, salvo en el caso de los inversores, cuya primera renovación sigue siendo por cinco años.

4.- Se introduce un nuevo apartado 4 en al artículo 76, para permitir en los diversos supuestos de estancia o residencia por interés económico que contempla la Ley 14/2013, la tramitación del alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social con el pasaporte, durante los seis primeros meses de residencia o estancia, cuando el extranjero no esté en posesión del NIE, sin perjuicio de que posteriormente lo obtenga, facilitando así el inicio de la actividad.

5.- Se amplia de doce a veinticuatro meses el periodo máximo en el que los extranjeros que finalicen los estudios de educación superior pueden permanecer en España, con el fin de buscar un empleo adecuado a su nivel de estudios o para emprender un proyecto empresarial (disposición adicional decimosétima). Hay que recordar que el extranjero debe documentar esta situación mediante la obtención de una autorización de residencia para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial, autorización que habilita para la búsqueda, pero no para el inicio de la actividad por cuenta propia o ajena, debiendo obtener la correspondiente autorización de trabajo, cuando la búsqueda concluya con éxito.

6.- Se amplia de seis a doce meses el periodo máximo de validez de la autorización de residencia para prácticas de titulados que hayan obtenido un título de educación superior o que estén realizando estudios conducentes a la obtención de un título de educación superior en España o en el extranjero, pudiendo renovarse hasta un periodo máximo de dos años (disposición adicional decimoctava).

— SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO SOCIAL Nº 171/2022 DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022, SOBRE OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INSPECTORA

La Sentencia desestima la demanda interpuesta frente al Acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por obstrucción a la labor inspectora, rechazando la caducidad del expediente sancionador y confirmando que la presentación deficiente de forma reiterada de la documentación requerida no permite dejar sin efecto la sanción impuesta, dado el carácter de los incumplimientos advertidos.

Como aspectos a destacar que afectan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Sala concluye lo siguiente:

• Caducidad de las actuaciones inspectoras:

La Sentencia parte del análisis del artículo 21.4 de la Ley 23/2105, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que prevé que las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección o a las personas dependientes del mismo, pudiendo ampliarse los plazos, entre otros motivos cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad.

En el supuesto que nos ocupa, según entiende la Sala, queda acreditado conforme a la documentación incluida en el expediente administrativo que, el plazo fue objeto de ampliación mediante resolución dictada por el Director Especial de la Inspección y notificada a la empresa mediante oficio con acuse de recibo, por la cual se ampliaban los plazos para llevar a cabo las actuaciones inspectoras iniciadas por un periodo de nueve meses más, atendiendo a la especial complejidad de las actuaciones, confiriéndose a la empresa 15 días para realizar alegaciones.

Pese a negarse por la empresa la recepción de dicha comunicación, no se objetó ninguna circunstancia a la existencia de dicho oficio por parte de la empresa en el acto de vista, como tampoco al hecho de no haberse realizado alegación alguna al mismo, por lo que, debe tenerse por acreditada la ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras por un periodo adicional de nueve meses.

• Conducta objeto de sanción:

Entiende la Sala que la actuación imputada a la mercantil es la de perturbar, retrasar e impedir reiteradamente el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, tal y como queda constatado en el acta de infracción.

La Sala advierte que la conducta desplegada por la empresa demandante tiene encaje legal en el precepto invocado como infringido. Se efectuaron a la empresa un total de hasta doce requerimientos de documentación o información atinente a aspectos relacionados con gastos de locomoción o manutención o estancia, complementos variables retribuidos durante las vacaciones, horas extraordinarias, desplazamientos realizados por determinados trabajadores y dietas. Tales requerimientos fueron atendidos de forma completa en alguno de los casos, si bien en el resto de los expresados en el acta de infracción, se apreciaron defectos de aportación. En otros casos ni siquiera se ha ofrecido por la empresa la información requerida por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social.

Si bien es cierto que la empresa explica el por qué no se acompañan determinados datos o informaciones requeridas, cabe señalar que el modo en que se produce la aportación documental no es suficiente para dar cumplimiento al deber de colaboración que ha de imperar en el desarrollo de las actuaciones inspectoras. Concluye la sala que el envío de una documentación, en formato no adecuado, sin orden ni posibilidad alguna de cotejar los datos con una mínima diligencia supone que la actuación de la empresa produjo un retraso evidente de las actuaciones comprobatorias y obstaculizó un adecuado cumplimiento de la labor de inspección.

• Reiteración:

No cabe confundir reincidencia con reiteración de la conducta concurriendo la primera circunstancia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta, tal y como establece el artículo 41 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En el supuesto que nos ocupa, no se sanciona la reincidencia, ni se aplica agravante en tal sentido, sino que la conducta reprochada administrativamente no es otra que la reiteración en la conducta empresarial de remitir de forma incompleta e inadecuada la documentación necesaria para dar cumplimiento efectivo y expedito a la labor inspectora, que se corroboró hasta en diez ocasiones distintas, lo que produjo un retraso y una obstaculización evidente de aquélla.

• Graduación de la sanción:

El art. 39.2 LISOS prevé como criterios de graduación de las sanciones "la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida". Es decir que, conforme a lo previsto en el precepto, no es la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor el único parámetro a tomar en consideración para valorar la sanción a imponer, sino que se han tenido en cuenta otros criterios agravantes. Según explica la Sala, en el presente caso de hecho, son factores determinantes para la fijación de la misma la reiteración en el incumplimiento de los requerimientos efectuados a la empresa, constantes a lo largo de toda la actividad inspectora, la cifra de negocios de la empresa, dedicada a la prestación de servicios de seguridad con trabajadores presentes en todo el territorio nacional, el volumen de la plantilla de la empresa así como el número de trabajadores afectados, lo que conforma la presencia de elementos de juicio suficientes para situar la sanción en el grado medio, importe máximo de la horquilla prevista en el art. 40.1.c) LISOS (de 30.001 a 120.005 euros).