

LA NUEVA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PERMISO DE TRABAJO DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA

*D. Vicente Boveda Soro**

*D^a M^a Belén Cardona Rubert***

I.- INTRODUCCIÓN. CUESTIONES INICIALES

En los últimos años, España ha pasado de ser un país de emigrantes a convertirse en país receptor de extranjeros, que pretenden integrarse en el mercado laboral español o que sirviéndose de la particular posición geográfica de nuestro país se dirigen a otros destinos de la Unión Europea.

El marco de la condición jurídica del extranjero en nuestro país adquiere rango constitucional tras la promulgación de nuestra Norma Fundamental, que en su artículo 13 apartado 1 confiere a los extranjeros que se hallen en territorio español las libertades públicas establecidas en su título I, en los términos de los tratados ratificados por España y la ley.

El régimen legal de los extranjeros se caracteriza por la ausencia de una declaración absoluta de igualdad entre extranjeros y nacionales. La igualdad en el ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros se hace pender en nuestro ordenamiento del derecho afectado en cada caso. Sólo es predicable la igualdad en el ejercicio de aquellos derechos que el individuo posee en función de su condición de ser humano, independientemente de su nacionalidad (derecho a la vida, a la intimidad, a la integridad física y moral, etc.), mientras que existen otros derechos exclusivos de los ciudadanos españoles (participación en los asuntos públicos y acceso a funciones y cargos públicos) y, por último, otros cuya titularidad es atribuida a los extranjeros en función de su modulación por los tratados y las leyes internas¹.

En la última categoría de derechos se encuentra el derecho de acceso al empleo, es decir, que los términos en que los extranjeros pueden acceder al trabajo son determinados por la legislación española y los tratados suscritos por España; mientras que una vez producida la contratación, se garantiza la igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos laborales (art. 17 Estatuto de los Trabajadores). En este sentido se ha pronunciado, de forma concluyente, el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 104, de 23 de noviembre de 1984² al afirmar que “el art. 13.1 CE conlleva que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I, por parte de los extranjeros, se efectuará en la medida en que lo determinen los Tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del Tratado o la Ley”.

Hasta la aprobación y promulgación del nuevo Reglamento de ejecución de la LOE (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero)³, la condición jurídica y, por ende, el régimen laboral del extranjero en España estaban contruidos, básicamente, sobre la base de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante LOE)⁴ desarrollada en el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó el reglamento de ejecución de la misma⁵, sin olvidar las innumerables normas de diverso rango legal: instrucciones, resoluciones, acuerdos, circulares..., que regulaban aspectos puntuales⁶.

A solamente 10 años de la aprobación de la LOE y del correspondiente reglamento de ejecución se ha procedido a la promulgación de un nuevo reglamento. Durante esos años, desde distintas instancias, se ha insistido en la oportunidad de revisión de la política española de empleo.

Las razones que justifican y conducen a la reforma del Reglamento de ejecución son varias, algunas de ellas aparecen recogidas en el propio Reglamento.

En primer lugar, la política laboral del Gobierno en el tema de extranjería venía caracterizándose por propiciar un clima de inseguridad jurídica, motivado por el “maremagnum”⁷ de disposiciones menores que daban desarrollo efectivo a las previsiones legales y que constituían la práctica administrativa real y cotidiana. Disposiciones que adolecen de falta de claridad y grandes dosis de indeterminación; existiendo, incluso, sobre algunos particulares contradicciones entre el tenor del anterior Reglamento y el de la LOE.

Por otro lado, la Administración había adquirido un protagonismo excesivo; al tiempo que resultaba urgente la adecuación del Reglamento a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en múltiples aspectos como simplificación de trámites en los procedimientos, los efectos de la falta de resolución expresa en cada procedimiento, la no exigencia de documentos que obren en poder de la Administración, la coordinación entre Administraciones, etc.

El aumento de la inmigración sumado a los compromisos internacionales adquiridos por España, obligaban a la delimitación de un marco legal preciso, que pasase por la adaptación de nuestro ordenamiento a las normas internacionales suscritas, especialmente al Tratado de la Unión Europea, las disposiciones aprobadas en desarrollo del mismo y al Convenio de aplicación del Tratado de Schengen.

Por último, el propio Reglamento añade otra razón para la reforma del anterior, que aparece configurada casi como un principio programático, se trata de la necesidad de mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros, como requisitos que faciliten su integración. Es así como el nuevo Reglamento parte con vocación para responder a numerosas expectativas, cuya realización o incumplimiento sólo el tiempo permitirá constatar.

El presente trabajo no pretende agotar el estudio del régimen legal y situación de los extranjeros en España, tras la aprobación del nuevo Reglamento de ejecución de la LOE, sino que pretende ser una primera aproximación a los cambios introducidos en aquellos, en un aspecto muy concreto que en el nuevo Reglamento aparece en el Capítulo IV, bajo el título “Trabajo y establecimiento” y referido a los trabajadores extracomunitarios.

II.- EL PERMISO DE TRABAJO

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Nuestro Ordenamiento sigue el criterio, generalizado en Derecho comparado, de exigir al extranjero autorización previa para trabajar. Esta previsión legal viene determinada en el art. 15 de la LOE, según el cual todos los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar su residencia en España para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, deberán obtener permiso de residencia y trabajo, que se otorgará simultáneamente, en documento unificado y por igual duración. El mismo artículo 15, en su pf. 4º, admite una excepción a la regla general al precisar que no será necesario el permiso de residencia cuando se trate de trabajos de menos de noventa días de duración, sean o no de temporada.

En idénticos términos, se manifiesta el art. 71.1 del nuevo Reglamento, al mantener la exigencia de autorización previa para la realización de “*cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena*”, remitiéndose al artículo 15 LOE en cuanto a los criterios para el otorgamiento del permiso de trabajo. El cumplimiento de esta regla se refuerza mediante el establecimiento de la prohibición a todo empresario, español o extranjero, de contratar a un

extranjero no autorizado para trabajar en España, salvo que se halle expresamente exceptuado de la obtención de permiso de trabajo, de acuerdo con las previsiones del art. 16 de la Ley 7/1.985⁸.

El Reglamento vigente sitúa en el Capítulo IV las disposiciones encargadas de regular el trabajo y régimen de establecimiento de los extranjeros en España, bajo el título “*Trabajo y establecimiento*”. Con respecto a la terminología empleada por su predecesor, para definir su ámbito de aplicación, se advierten ciertas diferencias, ya que éste último, lo delimitaba refiriéndose al “Empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los trabajadores extranjeros en España” (art. 30).

La sustitución del término “*empleo*” por el de “*trabajo*” no parece tener otra finalidad que la de actualización de los términos empleados en la anterior normativa. No ocurre lo mismo con la supresión del término “*régimen de trabajo*”, en nuestra opinión, no es ésta una supresión casual que obedezca a un mero capricho del legislador, sino que se trata del intento de delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento, circunscribiéndolo, únicamente, al ejercicio del derecho de acceso al trabajo, pues una vez se encuentre el extranjero trabajando de forma legal, la regulación de su situación y derechos no diferirá de la del trabajador español. De ahí la supresión de la expresión “*régimen de trabajo*” (art. 68) ya que ésta se refiere a la regulación del desarrollo del contrato de trabajo, o actividad lucrativa, tras la obtención del correspondiente permiso y hasta la extinción de la actividad y, por lo tanto, ha de entenderse regulado por la normativa española aplicable a los nacionales.

Previamente al análisis de los permisos de trabajo, conviene señalar que, en materia de extranjería, cuando se habla de “trabajador extranjero” se utiliza un concepto amplio de trabajador migrante. Así el apartado segundo del artículo 68 del Reglamento que mantiene inalterada la redacción anterior, define al trabajador extranjero como toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer cualquier actividad lucrativa, por cuenta propia o ajena.

De este modo, al contrario de lo que ocurre con la idea de extranjero, que se sustenta de modo negativo, carencia de nacionalidad española (art. 1 LOE); la expresión “trabajador extranjero” requiere la presencia de un hecho positivo, la realización de una actividad laboral o profesional. La ley utiliza el término trabajador en un sentido amplio, comprendiendo tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia, así como no sólo al extranjero que se encuentre ejerciendo una actividad sino, también, a aquél que pretenda ejercerla⁹.

2. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE OBTENER PERMISO

La regla general relativa al acceso de los extranjeros al mercado de trabajo pasa por la obtención de una autorización, permiso de trabajo y residencia, que corresponde otorgar a las autoridades administrativas competentes. La previsión de cualquier exención o exclusión respecto a uno o a cualquiera de los documentos necesarios, para legalizar la realización de la actividad lucrativa, de que se trate, se adoptará con carácter excepcional y en respuesta a determinados compromisos de tipo histórico, cultural o, en función, de Acuerdos o Tratados Internacionales suscritos por España, a los que se reconoce eficacia para modificar el régimen general (art. 3 LOE)¹⁰.

Entendemos incluidas en la acepción “excepciones” tanto las excepciones, en sentido estricto, como las exclusiones y especialidades previstas por la Ley y su Reglamento de ejecución. Serán, así, **exclusiones** las situaciones en que se encuentran determinadas personas que no tienen la consideración de extranjeros a efectos laborales, es decir, que propiamente no son “trabajadores extranjeros”; **especialidades**, las variaciones del régimen general de concesión de permiso de trabajo, que se hacen en favor de los trabajadores extranjeros, al otorgarles una autorización

administrativa para la prestación de servicios distinta al permiso de trabajo; **excepciones**, las exoneraciones de autorización administrativa laboral.

2.1. EXCLUSIONES

Se trata de las personas a las que se refiere el artículo segundo de la LOE, que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la misma, y a las que la Ley de Extranjería reconoce, implícitamente, “su *status* público y condición amparada por el Derecho internacional público”¹¹.

A pesar de la exclusión de aplicación de la Ley de Extranjería a las personas enumeradas en el art. 2 LOE, sorprende la amplia facultad que el nuevo Reglamento introduce en favor del Ministerio de Asuntos Exteriores, para determinar las condiciones a cumplir por esas personas para la obtención de un permiso de trabajo (Art. 71.5). A nuestro entender, una legitimación de carácter tan amplio enturbia, cuanto menos, la exclusión que, en favor de los sujetos contemplados en el art. 2 LOE¹², establece el legislador.

Por otra parte, la estructura del artículo 71 dificulta el entendimiento de una cuestión relevante. La ubicación de la anterior habilitación, en favor del Ministerio de Asuntos Exteriores, en último lugar (apartado 5º), tras la previsión del apartado 4º en el sentido de que el tiempo en que éstas se hallen exceptuadas de aquella obligación, no será tenido en cuenta como periodo trabajado en España a efectos de la concesión de permisos de trabajo, únicamente, referida a los individuos previstos en el art. 16 LOE, no permite calibrar el alcance de dicha previsión: a saber, si puede hacerse extensible a los sujetos previstos en el art. 2 LOE o bien hay que entenderlo en sentido opuesto, resultando excluidos *a priori* de tal previsión y, en consecuencia, considerando el tiempo que han estado exceptuados de tal obligación como tiempo trabajado, a efectos de obtención de los permisos del Capítulo IV del Reglamento.

En cualquier caso, en nuestra opinión, esta previsión tanto en su configuración actual como en la del anterior reglamento, excede de los límites trazados por la LOE, al prever la posibilidad de fijación de condiciones para la obtención del permiso de trabajo, para un grupo de personas, explícitamente, excluidos del ámbito de aplicación de la Ley (art. 2 LOE).

2.2. ESPECIALIDADES

2.2.a. En el análisis de la especialidades merece nuestra atención la novedad introducida por el art. 73.3 del nuevo desarrollo reglamentario que autoriza, con carácter excepcional, la realización de actividades lucrativas, a los extranjeros estudiantes, frente a la rotunda prohibición de obtener autorización para trabajar que se establecía en el anterior reglamento (art. 29.5¹³).

En cuanto a la consideración del estudiante extranjero como aquel sujeto cuya estancia en España tenga como **fin único o principal** el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente (art. 24 LOE), el nuevo precepto reglamentario, ajustándose al tenor de la Ley, autoriza a los extranjeros estudiantes a realizar actividades lucrativas complementarias a los estudios que realicen, siempre que tales actividades sean compatibles con la realización de sus estudios y que los ingresos obtenidos no adquieran el carácter de recursos necesarios para su sustento o estancia en España. El contrato que se suscriba será a tiempo parcial, se formalizará por escrito y en el caso de ser a jornada completa, su duración no podrá superar los tres meses ni podrá coincidir con los períodos lectivos. Pese a la consideración amplia que hace la LOE de trabajador extranjero, extendida tanto al que realiza una actividad por cuenta propia como al que la realiza por cuenta ajena, la presente autorización laboral especial tan solo se otorgará, en su caso, a los estudiantes que pretendan realizar una actividad por cuenta ajena, al menos, así se desprende de las limitaciones que sobre la concesión de tal autorización se establecen en el Reglamento.

Aunque las previsiones sobre la situación del extranjero estudiante se han suavizado con la aprobación del nuevo Reglamento, la regulación de su estatuto jurídico, en España, sigue respondiendo, básicamente, a la idea, imperante en otros países del ámbito europeo, de ofrecer facilidades para la obtención de la tarjeta de estudiante, dificultando su permanencia en España por motivos laborales, una vez finalizados sus estudios. No hay que olvidar que, únicamente, se permite la realización de una actividad lucrativa que resulte accesoria de la actividad principal, que justifica su permanencia en España, es decir, la realización de estudios.

Una cuestión que se plantea en el actual desarrollo reglamentario es si el tiempo de vigencia de la autorización, para trabajar a tiempo parcial o jornada completa, en periodo no lectivo, será tenido en cuenta como periodo trabajado en España a efectos de la concesión de permisos de trabajo a que se refiere este Capítulo IV; no parece posible en base a dos motivos, en primer lugar, porque el periodo de permanencia en España del extranjero estudiante jamás tendrá la consideración de residencia¹⁴ (art. 13. 4 LOE) y, en segundo lugar, porque nos hallamos ante una autorización especial distinta del permiso de trabajo y para la cual no hay previsto un régimen de renovación.

2.2.b. El artículo 74 del Reglamento, como autorización especial para la realización de actividades lucrativas, prevé la concesión de documentación sustitutiva de verdaderos permisos de trabajo, para grupos de trabajo; ampliando el nuevo Reglamento la duración de tales autorizaciones de tres a seis meses, pero manteniendo la imposibilidad de renovación.

2.2.c. En cuanto a la posibilidad de otorgamiento de documentos alternativos, se mantiene la autorización genérica que se confería a la extinguida Dirección General del Instituto Español, de la cual es sucesora la Dirección General de Migraciones. De dicha autorización reglamentaria son fruto la Resolución de 3 de mayo de 1990¹⁵, que exime del permiso de trabajo a los extranjeros enrolados en buques españoles al amparo de los convenios internacionales, sustituyendo el permiso de trabajo por un duplicado de la notificación de embarque, o la Resolución de 10 de octubre de 1988¹⁶ que regula la concesión de autorizaciones especiales para la realización de prácticas profesionales.

2.2.d. Entre las alteraciones del régimen general, relativas a la exigencia de obtención de permiso de trabajo, se encuentra la habilitación contenida en el documento de identidad de los refugiados y de los familiares de éstos, a quienes se haya reconocido la extensión familiar para residir en España, para trabajar (art. 73.2 del nuevo Reglamento).

El apartado segundo del art. 73 del nuevo Reglamento recoge los efectos de la concesión de asilo en la vigente Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado¹⁷.

La Ley de asilo de 1984 no preveía como efectos del reconocimiento de la condición de refugiado que con la expedición de su documentación, acreditativa de su condición de refugiado, se le autorizase a residir y trabajar en España. La anterior normativa sobre asilo y refugio, establecía que cuando el extranjero a quien se le había reconocido la condición de “refugiado” pretendiese desarrollar una actividad lucrativa, debía tramitar el correspondiente permiso conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería (art. 22 de la Ley de asilo de 1984 y art. 36 del Reglamento de desarrollo¹⁸), consistiendo el único privilegio de los refugiados en que para la concesión del permiso de trabajo no se tuviera en cuenta la situación nacional de empleo¹⁹.

Tras la modificación de la Ley de Asilo y la aprobación del nuevo desarrollo reglamentario de ésta²⁰, la actual configuración del régimen del refugiado prevé que el derecho de asilo conlleve la autorización de residencia, la expedición de documentos de viaje e identidad y la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles. El nuevo Reglamento de ejecución de la LOE, recoge en su art. 73.2 las previsiones del art. 29.2 del

vigente Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado, según el nuevo Reglamento el documento de identidad de los refugiados y de los familiares a quienes se haya reconocido la extensión familiar para residir en España²¹, conlleva la autorización para trabajar; y a diferencia de lo que ocurría con el recientemente derogado Real Decreto 1119/86, ahora el refugiado no tendrá una mera preferencia para obtener el permiso de trabajo, sino que su documentación de identidad, acreditativa de su condición de refugiado, le habilitará para desarrollar cualquier actividad lucrativa.

2.2.e. El artículo 74 del actual Reglamento, incluye la figura de los “desplazados”, acomodando en la legislación ordinaria, en materia de extranjería, el régimen previsto para aquellos en la Disposición Adicional Primera del nuevo Reglamento de la Ley de Asilo y la Condición de Refugiado.

La Disposición Adicional Primera del vigente Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo y Refugio, en su apartado cuarto, contempla la posibilidad de que los desplazados titulares de permisos de residencia puedan trabajar, cuando lo autorice “*la autoridad competente*”²². El art. 74.2 ha materializado dicha posibilidad al autorizar, directamente, al titular de un permiso de residencia, otorgado por la circunstancia excepcional de tener la condición de desplazado, al ejercicio de una actividad lucrativa de cualquier tipo.

2.3. EXCEPCIONES

El art. 71.2 del Reglamento vigente establece una salvedad en la contratación de los extranjeros con respecto a la obligación general de que éstos se hallen autorizados para trabajar en España, ya que permite a los empresarios proceder a su contratación cuando se trate de individuos exceptuados de “*la obligación de proveerse del permiso de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985*”.

El art. 71..2, a excepción de la sustitución de la arcaica expresión “*utilizar el trabajo de un extranjero*”, por la de “*contratar un extranjero*”, es una mera transcripción del art. 33.2 del anterior desarrollo reglamentario del 16 de la LOE.

El párrafo tercero del artículo 71 faculta al Ministerio de Asuntos Sociales, para que de acuerdo con los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Justicia e Interior y de Trabajo y Seguridad Social, determine las condiciones que han de reunir la personas comprendidas en el artículo 16 de la LOE. En el actual desarrollo reglamentario se ha variado el Ministerio competente para fijar tales condiciones, despojando al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social²³ de esta facultad, conferida por el Reglamento anterior, para otorgarla al Ministerio de Asuntos Sociales, que deberá actuar de común acuerdo con los otros tres Ministerios previstos reglamentariamente.

Las personas a las que el art. 16 LOE exonera de la obligación de proveerse de permiso de trabajo sólo quedan, efectivamente, exceptuadas del cumplimiento de tal obligación, en cuanto se trate del “ejercicio de las actividades que motiva la excepción” (pf. 1º del art. 16 LOE).

La circunstancia de excepción no opera de forma automática, hay que formular solicitud de excepción, a efectos de que, en su caso, se obtenga la correspondiente certificación de tal circunstancia, expedida por la Dirección General de Migraciones. En cualquier caso, el hecho de no precisar permiso de trabajo no permite, sin más, el inicio de la actividad, ya que el trabajador extranjero que se encuentra en alguno de los supuestos del art. 16 de la LOE, por su situación excepcional con respecto al régimen general del permiso de trabajo, no está exento de otras obligaciones²⁴. Esa situación privilegiada de excepción, precisamente, en cuanto deja al margen el procedimiento general de obtención de permiso de trabajo, es la causa de que el periodo en que el extranjero se encuentre en esa situación, realizando una actividad, no sea tenido en cuenta a efectos de la concesión de permisos de trabajo²⁵.

3. TIPOS DE PERMISOS

Los permisos de trabajo en el anterior Reglamento venían configurados como una auténtica cadena, de la cual cada uno de los distintos tipos de permiso constituía un eslabón que llevaba al siguiente, sin que jamás se pudiera predecir el final de la cadena, debido a la temporalidad inherente al permiso de trabajo.

Para poder comprender el anterior desarrollo reglamentario de los permisos de trabajo y ver el alcance real de las novedades introducidas, en esta materia, por el reciente Reglamento, debemos analizar, en primer lugar, cuales son los criterios y límites que establece la LOE al configurar el permiso de trabajo.

El art. 15 de la Ley establece que el permiso de trabajo habrá de obtenerse simultáneamente con el permiso de residencia, debiendo tener ambos permisos idéntica duración, que no podrá superar los cinco años, pudiéndose limitar el permiso de trabajo a un determinado territorio, sector o actividad, o a una determinada empresa concreta. La distinta interpretación que de estas exigencias legales realiza el nuevo Reglamento motiva que a pesar de mantener, en esencia, la configuración dada a los permisos de trabajo por el anterior Reglamento, ahora la finalidad perseguida sea otra: suprimir la perpetua temporalidad de los permisos para configurarlos como antesala del nuevo permiso permanente.

3.1. PERMISOS DE TRABAJO POR CUENTA AJENA

3.1.a. Permiso de Trabajo tipo A

El anterior Reglamento, en su art. 35, establecía este tipo de permiso "para la realización de actividades estacionales, cíclicas o de temporada", ahora, el nuevo desarrollo reglamentario, prevé este tipo de permiso "*para realizar actividades de temporada o trabajos de duración limitada tales como montaje, reparación o revisión de maquinaria, instalaciones y equipos*", no parece tener mayor trascendencia la desaparición de las expresiones "*actividades estacionales y cíclicas*", en cuanto éstas pueden considerarse incluidas dentro del término "*actividades de temporada*".

Ahora bien, dado que, ni la Ley de Extranjería, ni el Reglamento, ofrecen una definición de que hay que entender como "*actividades de temporada*" y "*trabajos de duración limitada*", podemos considerar como tales, las actividades y trabajos que no requieran la prestación de servicios todos los días laborables del año. Por lo tanto, la enumeración de los trabajos de duración limitada, contenida en el art. 75.I.1, no tendrá carácter taxativo, sino únicamente ejemplificativo.

El actual desarrollo reglamentario, al definir el ámbito de aplicación de los permisos de tipo A, mantiene la posibilidad del anterior reglamento de que éste sea limitado por la autoridad (art. 35.2 anterior Reglamento) e, incluso, se incrementan los ámbitos de aplicación que pueden ser limitados, de este modo, si en el apartado segundo del art. 35 de la anterior norma reglamentaria se establecía que "*la autoridad laboral competente podrá limitar la validez de estos permisos a un sólo empresario o contrato de trabajo*", ahora el nuevo texto reglamentario dispone que "*la autoridad que lo concede podrá limitar su validez a un solo empresario, contrato de trabajo o ámbito geográfico*".

En cuanto a la vigencia del permiso tipo A, se mantiene su carácter no renovable y la duración máxima de 9 meses, desapareciendo, sin embargo, la prohibición de que su titular obtenga un nuevo permiso de trabajo y/o de residencia, de cualquier clase, antes de transcurridos doce meses desde la concesión del anterior o tres meses desde su fecha de caducidad (art. 35. 3 R.D. 1119/86); recogiéndose, expresamente, por otro lado, la práctica administrativa de hacer coincidir su duración con la del contrato que lo sustenta.

Entre las características que aparentemente diferencian el anterior permiso tipo A del, ahora, configurado por el nuevo Reglamento, llama la atención la desaparición de la obligación expresa del art. 35.4 del anterior desarrollo reglamentario de “abandonar el territorio español en el plazo de quince días desde la expiración de este permiso”, lo cual no debe, en modo alguno, ser entendido como que el titular del actual permiso tipo A, al término de su vigencia, no deba abandonar el país, pues dicha exigencia se entiende que persiste, en virtud del art. 122 del actual Reglamento, salvo que, obviamente, el extranjero sea titular de un permiso de residencia de duración mayor.

3.1.b. Permiso tipo b (inicial)

Según el art. 75.I.2 del actual Reglamento “*esta modalidad de permiso permite trabajar en una profesión, actividad y ámbito geográfico concretos*”.

Este permiso tipo b “minúscula” (inicial) viene a ser el permiso tipo B “mayúscula” inicial que se establecía en el art. 36.1 del derogado R.D. 1119/86, si bien entre las diferencias apreciables, merece señalarse que lo que en el permiso B anterior era la regla general, es decir, estar limitado a un empleador concreto (“deberá limitarse” establecía el anterior Reglamento), con el actual tipo b, se convierte en una posibilidad excepcional.

Así pues, al establecerse en el actual permiso tipo b (inicial) que “*la autoridad que lo concede podrá limitarlo a una empresa determinada*”, a sensu contrario, habrá que entender que, con carácter general, no se encontrará limitado a un empresario concreto, pudiendo ser limitado a un empresario determinado, sólo cuando la autoridad laboral que lo concede así lo acuerde.

En cuanto a la vigencia del permiso b, señalar que si bien el anterior tipo B, no podía tener una duración superior a la del contrato de trabajo que lo sustentaba, el nuevo desarrollo reglamentario del permiso tipo b (inicial), expresamente, establece que la vigencia de este permiso “*será la establecida en el contrato de trabajo , con el límite de un año*”. En otras palabras, si con el anterior permiso B inicial, cabía la hipotética posibilidad de que el contrato fuese de mayor duración (más de un año) al permiso B que se concedía, ahora ésta desaparece, en cuanto la duración del contrato de trabajo y el permiso b deberá coincidir y, en consecuencia, el contrato de trabajo jamás podrá ser de duración superior a un año.

La sustitución de la B “mayúscula” del anterior Reglamento, por la b “minúscula” del actual, para seguir refiriéndose al permiso inicial de un año, no ha supuesto más que la asimilación al precepto reglamentario de lo que era la práctica administrativa, así, no debe extrañarnos que al manejar solicitudes de permiso de trabajo del anterior Reglamento, encontremos el término “tipo b (inicial)”, que la Administración utilizaba habitualmente para distinguir el permiso inicial del renovado, empleando la expresión permiso tipo B, solamente, referida a los permisos renovados.

3.1.c. Permiso tipo B (renovado)

Se trata de la renovación del permiso tipo b (inicial), si bien, al contrario de lo que ocurría con las renovaciones (puras) del anterior Reglamento, en esta renovación, el ámbito de validez del permiso y su duración se amplían.

Esta modalidad de permiso “*permite desarrollar varias profesiones o actividades*”, entendiéndose que al no limitarlo la norma a un empresario concreto, se mantiene en él, el criterio general de no limitación a un empresario, al que hacíamos referencia en el permiso tipo b (inicial) del apartado anterior y, en consecuencia, habrá que entender que las distintas profesiones o actividades podrán ser prestadas para cualquier empresario.

El art. 75.I.3, *in fine*, establece que este permiso tipo B (renovado) podrá quedar limitado a un ámbito geográfico determinado o a una actividad concreta cuando, por razones fundadas, la autoridad que lo concede así lo acuerde. *A sensu contrario*, habrá que entender que con carácter general, la concesión del permiso B permitirá desarrollar distintas actividades en todo el territorio nacional.

Aunque, aparentemente, este actual permiso tipo B (renovado) pudiera asemejarse al permiso tipo B, que ya existía en el anterior Reglamento, lo cierto es que el tipo B del anterior Reglamento (inicial o renovado), tanto en su ámbito de aplicación como en su periodo de vigencia, coincide en mayor medida con el actual tipo b (inicial) del nuevo Reglamento que con el permiso tipo B, que ahora tratamos, y ello en cuanto que la renovación que ahora prevé el actual Reglamento, más que una auténtica renovación, viene a significar el otorgamiento de un nuevo permiso con facultades mayores que las que tiene el permiso que se renueva (el tipo b inicial).

En lo que se refiere al tiempo de su vigencia, el permiso B del actual Reglamento, tendrá una duración de dos años y, al contrario de lo previsto en la renovación del permiso B del anterior Reglamento, ésta no se ve afectada, en principio, por el tiempo trabajado con el permiso b) inicial. El art. 36.2 del R.D. 1119/86, al referirse a la renovación del anterior permiso tipo B, establecía que *“la duración del permiso renovado será en todo caso de un año, cuando se haya trabajado igual periodo de tiempo...”*, es decir, en el anterior desarrollo reglamentario el permiso B renovado, tenía una duración de un año, solamente, cuando con el permiso extinguido se hubiese trabajado ese periodo de tiempo; sin embargo, en la actual regulación, el art. 75.I.3, *in fine*, establece que *“pueden obtener este permiso los titulares de un permiso de tipo b, al término de su vigencia”*, con lo cual habrá que entender que sea cual sea la duración del permiso b caducado, se obtendrá un permiso tipo B por dos años.

La duración del actual permiso tipo B, si bien en el Proyecto del Reglamento (versión de 14 de julio de 1995) tenía una duración de tres años, en la redacción definitiva del nuevo Reglamento se ha limitado a dos, lo cual no ha de verse como una limitación perjudicial para el extranjero, sino que a pesar de lo que a simple vista pudiera parecer, se trata de una modificación introducida, a propuesta de la Comisión de las Entidades de la Mesa Negociadora del Nuevo Reglamento, con el propósito de acortar la duración de los permisos y renovaciones de estos, para que el extranjero pueda acceder en el menor tiempo posible al nuevo permiso permanente.

El actual permiso tipo B pierde el carácter renovable que presentaba el permiso B del anterior Reglamento, en favor de un acceso más rápido al permiso C que le sucede. No debemos olvidar que el carácter renovable, que en el anterior Reglamento poseía el permiso tipo B, conllevaba que este permiso fuera renovándose por periodos anuales y hasta un total de cinco años, antes de otorgarse un permiso C.

3.1.d. Permiso tipo C

Esta modalidad de permiso se concibe como el permiso que sucede al tipo B y que será otorgado cuando haya finalizado la vigencia de este permiso, salvo cuando el titular se encuentre dentro del colectivo del art. 79 del Reglamento²⁶, en cuyo caso, podrá obtener el permiso tipo C, antes del término de vigencia del permiso B.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación del actual permiso tipo C, el nuevo Reglamento no presenta novedad alguna con relación al permiso tipo C que establecía el derogado R.D. 1119/86. Este permiso seguirá siendo la modalidad que permitirá trabajar en cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio nacional, ya que para este permiso no existe previsión reglamentaria en el sentido de que la autoridad laboral pueda limitar su ámbito de aplicación funcional y/o territorial.

En cuanto a su vigencia y otorgamiento, sí que se observan sustanciales diferencias en relación con el permiso C del anterior desarrollo reglamentario. Así, de una duración de cinco años que tenía el permiso C, en el derogado Reglamento, el actual permiso será otorgado para tres años. Tal reducción, del tiempo de vigencia, no significa un endurecimiento de los permisos de trabajo, sino la configuración de éstos como instrumentos previos del permiso permanente.

3.2. PERMISO DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA

3.2.a. Permiso tipo d (inicial)

El actual desarrollo reglamentario prevé esta modalidad de permiso para el ejercicio por cuenta propia de “*una actividad concreta*”, por un año.

Esta modalidad de permiso se corresponde con el permiso tipo D del anterior desarrollo reglamentario, sin embargo, al establecerse que el ámbito de su aplicación será “*el ejercicio de una actividad concreta*” surgen ciertas dudas interpretativas que no se presentaban con la expresión “ejercicio de una actividad”, utilizada en la determinación del ámbito de aplicación del permiso D en el derogado R.D. 1119/86 (art. 40)²⁷.

Aunque, a simple vista, la expresión “*una actividad concreta*”, empleada en el actual desarrollo reglamentario, y la expresión “una actividad” del art. 40 del anterior Reglamento, puedan significar lo mismo, sin embargo, en puridad, el alcance de una y otra expresión es distinto. Por “*actividad concreta*”, se podría entender la referida a un sector de actividad determinado, lo cual impediría que durante la vigencia de este permiso se cambiase de actividad, mientras que la expresión “una actividad”, refleja el carácter unitario de ésta, una sola explotación, lo que no constituía óbice para que, durante la vigencia del anterior permiso D se desarrollará otra actividad distinta (de distinto sector) de la que había permitido la concesión del permiso, siempre y cuando sólo se tuviera una única explotación en alta.

Con respecto al ámbito geográfico de aplicación de esta modalidad de permiso, el art 75.II.2 establece la posibilidad de que la autoridad laboral que lo concede pueda limitarlo a un ámbito geográfico determinado cuando concurren razones fundadas para ello, por lo que, en sentido contrario, habrá que entender que con carácter general el permiso d inicial tendrá validez en todo el territorio nacional. El anterior Reglamento en lo que se refiere al ámbito geográfico del anterior permiso D establecía “y, *en su caso, para una localidad determinada*” (art. 40), de lo que, en principio, tampoco había que entender que, con carácter general, el permiso fuera para desarrollar la actividad en una localidad determinada, sin embargo, en la práctica, ante lo indeterminado de la expresión, el permiso D se concedía con validez limitada a la provincia de la que era competente la autoridad laboral que lo otorgaba. La nueva redacción reglamentaria resulta más concreta, puesto que al establecer con claridad que el ámbito geográfico sólo podrá ser limitado por la autoridad laboral, cuando existan razones fundadas para ello, viene a establecer, *a sensu contrario*, que, con carácter general, tendrá validez en todo el territorio nacional.

3.2.b. Permiso tipo D (renovado)

Este permiso permite el desarrollo de varias actividades por cuenta propia en todo el territorio nacional, durante el periodo de dos años, accediéndose al mismo al término de la vigencia de un permiso d inicial. El permiso D podrá ser limitado por la autoridad competente que lo conceda, por razones fundadas, “*a un ámbito geográfico o actividad concreta*”.

En cuanto al ámbito de aplicación, de forma similar a lo que sucede con el permiso tipo d, el problema interpretativo se presenta ante la expresión “*varias actividades*”. Se trata de una expresión ambigua que puede entenderse referida tanto a la posibilidad de tener en activo

distintas explotaciones en distintos sectores, como a autorizar el desarrollo de varias explotaciones pero dentro de un único sector o, incluso, como una única explotación en funcionamiento que pueda ir variando a lo largo de la vigencia del permiso entre distintos sectores de actividad.

Para determinar el alcance del término “varias actividades” habrá que realizar una interpretación sistemática del ámbito de aplicación de los permisos por cuenta propia. Si en el apartado 1º del art. 75.II, que prevé el tipo d (inicial) para una “actividad concreta”, entendíamos por tal la empresa desarrollada dentro de un sector determinado, por “*varias actividades*” puede entenderse el desarrollo de la empresa en distintos sectores.

Por último, señalar que el actual permiso tipo D pierde el carácter renovable que le confería el anterior Reglamento.

3.2.c. Permiso tipo E

Permite el desarrollo de su empresa en cualquier sector de actividad, sin limitación geográfica, durante un periodo de tres años. Al igual que ocurría con los permisos de trabajo por cuenta ajena, se obtendrá a la extinción del permiso anterior correspondiente, en este caso a la extinción del tipo D, salvo lo previsto en el art. 79²⁸.

La reducción del tiempo de su vigencia, en relación con el permiso tipo E del anterior Reglamento (5 años), responde a la política seguida en el nuevo Reglamento de acortar los tiempos de vigencia de los permisos existentes, con el fin de facilitar la obtención del permiso permanente.

3.3. PERMISOS DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA O AJENA.

3.3.a. Permiso para trabajadores fronterizos. Permiso tipo F

Se trata de un modalidad de permiso que se concede, por un periodo no superior a cinco años, a los trabajadores que desarrollen cualquier tipo de actividad por cuenta propia o ajena, en las zonas fronterizas del territorio español, y que regresen, diariamente, a la zona fronteriza del país vecino²⁹.

El anterior Reglamento al regular el permiso tipo F, para los trabajadores fronterizos, no establecía la exigencia de que el titular del permiso regresase diariamente a la zona fronteriza del país vecino, sin embargo, esta exigencia se consideraba implícita dentro del contenido del concepto “trabajador fronterizo”.

El nuevo Reglamento, al contrario de lo que se observa en las restantes modalidades de permisos, en el permiso tipo F, amplía su duración, en relación con la que este permiso tenía en el derogado reglamento, pasando de ser de tres a cinco años de vigencia. Ampliación del periodo de vigencia que debemos entender como una correcta acomodación del permiso F a los límites legales establecidos en el art. 15 de la LOE, ya que no existía justificación alguna para que el anterior desarrollo reglamentario limitara su vigencia a 3 años sin alcanzar el periodo máximo de cinco años, que permitía la LOE. Por otra parte, el nuevo desarrollo reglamentario establece, expresamente, su carácter renovable.

3.3.b. Permiso Permanente

Sin duda alguna, esta modalidad de permiso constituye la novedad más significativa del nuevo Reglamento, en materia de autorizaciones para trabajar, al configurarse como el eslabón final de la cadena de permisos de trabajo, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena.

Este permiso permite ejercer por tiempo indefinido “cualquier tipo de actividad, sin otro tipo de limitación que la derivada de la titulación o habilitación necesaria para el ejercicio de la actividad profesional de que se trate” (art. 75. IV).

Tanto por su vigencia, como por su ámbito de aplicación, el permiso de trabajo permanente se presenta como la autorización administrativa plena otorgada al extranjero, para desarrollar cualquier actividad lucrativa, sin que ésta contenga ningún tipo de limitación en su contenido, establecida con carácter expreso en el texto reglamentario o que derive de facultades otorgadas a la autoridad laboral, como ocurre en los otros permisos. Tan solo se contempla como limitación, la que pudiera derivarse de la titulación necesaria para el ejercicio de una actividad profesional, lo cual, más que una limitación, es el reconocimiento de la exigencia de convalidación de títulos profesionales.

El nuevo Reglamento pretendía configurar un permiso de trabajo que significase la extensión del derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE), a los extranjeros con cierto arraigo en el país; sin embargo, el art. 15 LOE limita aquella pretensión, en cuanto establece que el permiso de trabajo “tendrá una duración máxima de cinco años”, por ello, el Reglamento impone al titular de un permiso permanente, la obligación de renovar la tarjeta, que documenta este permiso, cada cinco años. De este modo, queda salvada la exigencia legal de una vigencia máxima de cinco años y, mediante una mera renovación de la tarjeta que sustenta el permiso, como si de una renovación del carné de identidad se tratara, se suprime el interminable calvario de solicitud de concesión y renovación de nuevos permisos, al que se veía sometido el trabajador extranjero.

3.3.c. Permiso extraordinario

Esta modalidad de permiso de trabajo constituye una de las novedades introducidas por el nuevo Reglamento en el abanico de las autorizaciones para trabajar. Está configurado para permitir al extranjero, que haya contribuido de forma notoria al progreso económico o cultural de España, el desarrollo de cualquier actividad por cuenta ajena o propia, en todo el territorio nacional y sin limitación alguna en cuanto a su vigencia.

Al igual que ocurre con el permiso permanente, la única limitación que se establece es la derivada de estar en posesión de la titulación o habilitación necesaria para la actividad que se pretende desarrollar y, que como decíamos, no supone más que la exigencia de convalidación de los títulos profesionales, a los efectos de proteger a los profesionales nacionales del intrusismo de extranjeros que no posean una titulación equivalente a la suya.

Al igual que sucedía con el permiso permanente, y a efectos de salvar la previsión legal de duración máxima de 5 años de los permisos se requiere para asegurar su validez, que la tarjeta, que lo documenta, sea renovada cada cinco años.

| PERMISOS DE RESIDENCIA. Arts. 49 a 60 Nuevo Reglamento | | |
|---|---|--|
| TIPO | DURACION | CARACTERÍSTICAS |
| Inicial | validez inicial 1 año. Podrá ser renovado por un período máximo de 2 años | No reunir los requisitos exigidos para obtener un permiso de residencia ordinario ni permanente. |
| Ordinario | Máximo 3 años. | Acreditar residencia legal y continuada en el territorio español durante 3 años |
| Permanente | indefinido, renovación de la tarjeta cada 5 años | Pueden obtenerlo los extranjeros que acrediten residencia legal y continuada en el territorio español durante 6 años; también pueden obtenerlo los extranjeros que acrediten encontrarse en alguno de los supuestos enunciados en el Reglamento. |

| PERMISOS DE TRABAJO. Arts. 68 y ss. | | |
|--|---|--|
| POR CUENTA AJENA | | |
| Tipo | Duración | Características |
| A | la del contrato 9 meses máximo no renovable | Para realizar actividades de temporada o trabajos de duración limitada |
| b(inicial) | la del contrato, 1 año máximo no renovable | Para trabajar en una profesión, actividad y ámbito geográfico concreto. |
| B(renovado) | 2 años renovable | Permite desarrollar varias profesiones o actividades. Pueden obtenerlo los titulares de un permiso tipo "b" al término de su vigencia. |
| C | 3 años | Permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional. Pueden obtenerlo los titulares de un permiso tipo B (renovado). al término de su vigencia, si bien el periodo de trabajo exigido se reducirá a 2 años para los titulares de un permiso tipo B (renovado), salvo que se de alguna de las circunstancias especificadas en este reglamento (art. 79). |
| Permanente | indefinido renovación tarjeta cada 5 años | Permite ejercer cualquier actividad. Pueden obtenerlo los titulares de un permiso C, al término de su vigencia. |
| POR CUENTA PROPIA | | |
| Tipos | Duración | Características |
| d(inicial) | 1 año | Para el ejercicio de una actividad concreta |
| D(renovado) | 2 años | Para el ejercicio de varias actividades. Pueden obtenerlo los titulares de un permiso "d", al término de su vigencia. |
| E | 3 años | Para desarrollar cualquier actividad, sin limitación geográfica. Pueden obtenerlo los titulares de un permiso anterior del tipo D (renovado) al término de su vigencia, si bien el período de trabajo se reducirá a 2 años para los titulares de un permiso de tipo D (renovado), cuando concurra alguna de las circunstancias especificadas en el art. 79 de este reglamento. |
| Permanente | indefinido renovación tarjeta cada 5 años | Permite ejercer cualquier actividad. Pueden obtenerlo los titulares de un permiso tipo E, al término de su vigencia. Única limitación: la titulación o habilitación necesaria. |
| TRABAJADORES FRONTERIZOS | | |
| F | 5 años máximo renovable | Trabajadores que desarrollen actividades lucrativas, laborales o profesionales en zonas fronterizas del territorio español, que regresen diariamente al país vecino en el que residan. |

III.- RÉGIMEN DE RENOVACIÓN Y CONCESIÓN DE PERMISOS DE TRABAJO

1. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LOS PERMISOS DE TRABAJO

El artículo 18 de la LOE señala los criterios y circunstancias que la Autoridad Laboral tendrá en cuenta para la concesión de un permiso de trabajo. Dicha enumeración se realiza en términos amplios, que aun pretendiendo reglar la actuación de la Administración, en la práctica, le confieren gran discrecionalidad. Dichas circunstancias son las que siguen:

“a) La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante. b) La insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar. c) El régimen de reciprocidad en el país

de origen del extranjero. 2. Cuando el permiso sea para trabajar por cuenta propia se valorará favorablemente el hecho de que su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que preste.”

Las dos primeras circunstancias pretenden proteger la mano de obra española frente a la oferta de trabajadores extranjeros.

La existencia de trabajadores españoles en paro ha sido interpretada, en determinadas ocasiones, por la Administración y los Tribunales de manera muy restrictiva, bastando la simple constatación de un incremento del desempleo nacional para desechar cualquier solicitud de permiso de trabajo³⁰.

El desarrollo reglamentario anterior a la reforma (artículo 37.1) preveía la posibilidad de que la autoridad laboral exigiese al empresario justificación de haber publicado en prensa la oferta de empleo, visada por el INEM. Tras la reforma dicha previsión se incluye, sin cambios sustanciales, en el apartado 2º del art. 76, pero dos cuestiones llaman la atención en su redacción actual. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de exigir al empleador justificación de haber “*solicitado demandantes de empleo a los servicios públicos de colocación*”. La mención exclusiva a este tipo de servicios induce a pensar que puede no ser válida la actuación del empresario cuando acuda a los servicios privados de colocación, Empresas de Trabajo Temporal, agencias de colocación, realidades que han hecho su aparición en nuestro Ordenamiento Laboral pero que, sin embargo, son omitidas por el nuevo Reglamento. En segundo lugar, en su nueva redacción, el Reglamento no hace referencia al medio a través del cual deberá darse publicidad a la oferta. Respecto a este último aspecto, caben dos interpretaciones, o bien, podría mantenerse una interpretación continuista y pensar que se sigue refiriendo a la prensa (art. 37.1 del anterior Reglamento) o bien, creer que el legislador ha omitido de modo intencionado dicha mención para dar cabida a otros medios de publicidad.

En virtud de la 2ª circunstancia prevista por la LOE, “*insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión o zona geográfica en que se pretenda trabajar*”, resulta que el trabajador inmigrante sólo podrá acceder a aquellos trabajos que requieran particular especialización, no reunida por trabajadores españoles, o bien sólo desempeñará las funciones propias de puestos rechazados por los trabajadores españoles, normalmente de baja consideración social. En opinión de LÓPEZ GANDIA, el excesivo intervencionismo de la Administración es difícilmente conjugable con “*la libertad de contratación del empresario en la selección del personal: ¿se verá obligado el empresario a dar razones de por qué la mano de obra española no le satisface si quiere obtener el permiso para contratar a un extranjero?*”³¹.

Cuando se límite la concesión de permisos de trabajo por alguna de las circunstancias a) y b) del art. 18.1, el apartado 3º del actual art. 76, como también lo hiciera el anterior art. 37.3, se ofrece al empresario la opción de contratar junto al trabajador extranjero a un español, como adjunto del extranjero “*con el compromiso por parte de éste y de la empresa de formar al español en la actividad profesional de que se trate*”. Mediante esta previsión no se establece un deber sino nada más que una opción que no reporta al empresario ningún tipo de ventaja. Por lo demás, ningún cambio relevante, salvo la desaparición del término arcaico “*adiestrar al español*” por el término “*formar*”, más ajustado a la realidad actual.

Por lo que se refiere al criterio de reciprocidad, es el desarrollo reglamentario el que da las claves para entender su alcance (art. 42.2 del anterior Reglamento y 80.3 del vigente). Pocas variantes, salvo el carácter ligeramente más genérico del tenor del art. 42.2 que entendía reciprocidad como el conjunto de disposiciones limitativas o favorables a que los españoles fuesen sometidos en otros países, “*tanto para permitir o no su integración como para ejercer su derecho de trabajo*”; mientras que en su nueva versión los términos se concretan al referirse a que permitan o no “*su acceso al mercado de trabajo*” o “*ejercer su actividad profesional, o respecto de los*

plazos de vigencia de los permisos que expidan a los españoles”, esta nueva redacción facilitará la labor de constatación de estos extremos, por parte de la autoridad laboral.

Con respecto a los criterios que determinan la concesión de permisos de trabajo por cuenta propia se tienen en cuenta las previsiones legales (apartado 2 del art. 18 LOE), que el nuevo Reglamento delimita y completa en el art. 76.

Deberán ser tenidas en cuenta la incidencia de la actividad, que el autónomo pretende desarrollar, sobre la creación de empleo, aportación de capital, empleo de nuevas tecnologías o mejoras en las condiciones de producción; se verificará la cualificación profesional del solicitante y que se halle en posesión de las autorizaciones exigibles para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad; éstas últimas deberán ser acreditables con anterioridad a la entrega del permiso, este último requisito es una novedad introducida por la reforma del Reglamento que no viene sino a confirmar la práctica administrativa habitual. Por último, también en este caso se considerará el régimen de reciprocidad en el país de origen.

2. PREFERENCIAS EN LA CONCESIÓN DE LOS PERMISOS

La LOE no ofrece un tratamiento unitario para todos los trabajadores extranjeros, sino que establece un régimen de preferencias para resolver los conflictos que se produzcan entre extranjeros concurrentes, en favor del grupo privilegiado por la ley. Dicho privilegio consiste en la concesión del permiso de trabajo, sin considerar la situación nacional de empleo o su incidencia en el mercado de trabajo, siempre que puedan acreditar que se hallan en una de las circunstancias legalmente previstas (art. 18.3 LOE).

Ha correspondido al Reglamento determinar el alcance de las preferencias, que la Ley fija de forma genérica (art. 19 LOE). El anterior Reglamento regulaba las preferencias para la concesión de permisos en el art. 38. Dicha regulación despertaba dudas sobre su adecuación a la Ley, ya que no recogía supuestos previstos en la LOE, degradando supuestos que la Ley situaba al mismo nivel que los demás.

Uno de aquellos supuestos se refiere al caso del art. 38.3.b) del anterior Reglamento, que establecía como “factor preferencial” para la concesión o renovación de permisos de trabajo el que se tratase de un puesto de confianza “*en el sentido señalado del art. 18.3.i) LOE*”, que considera tal circunstancia como factor que preferencia la concesión o renovación. En este caso se concretaba dicho privilegio en no tener en cuenta la situación nacional de empleo en los supuestos fijados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y, a continuación, el Reglamento no añadía nada más. El Reglamento utilizaba una terminología distinta “preferencia” y “factor preferencial”, referida a dos grupos de extranjeros en los que concurrían circunstancias diversas y que parecían coincidir con conceptos distintos, sin embargo, en este supuesto se vaciaba de contenido dicha diferenciación, ya que se concretaba dicho “factor preferencial” en la no consideración de la situación nacional de empleo, coincidiendo con el contenido que el pf. 1º del mismo art. 38 otorgaba a la consideración de “preferencia” (no considerar la situación nacional de empleo). El nuevo Reglamento mantiene incólume la redacción anterior a la reforma, configurando el mismo supuesto de igual manera, salvo en lo concerniente a la autoridad encargada de determinar los supuestos que será, ahora, la Dirección de Migraciones.

Una situación similar se planteaba con otro supuesto, el de los ciudadanos de un país Iberoamericano, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Andorra o personas de origen sefardí (art. 18.3.f. LOE), éstos son incluidos por la Ley entre los colectivos preferenciados, sin embargo, el Reglamento en su redacción de 1986 los omitía; de este modo, el Reglamento se extralimitaba de las facultades atribuidas al Gobierno en la Disposición Final Primera de la LOE, para precisar el alcance de las preferencias, actuando *ultra vires*, ya que el Reglamento puede “dar a la preferencia un contenido u otro (...), lo que no cabe es que dé contenidos diferentes a supuestos que la Ley no diferencia. No es admisible que el reglamento degrade un supuesto que la Ley situaba al mismo

nivel que los demás”³². El nuevo Reglamento al incluir a dicho colectivo entre los factores preferenciales para la concesión de permisos de trabajo, en el art. 77.2.b), zanja la cuestión, aunque sigue sin quedar muy clara las diferencias entre las circunstancias consideradas como “preferencia” y “factor preferencial”.

Por lo demás, las novedades con respecto al anterior Reglamento son de escasa relevancia. Se incluyen entre las preferencias: a) haber sido español (sustituye el apartado e) del art. 38.1); b) ser hijo o nieto de español de origen; c) tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; d) hallarse ligado por parentesco de primer grado con el empresario contratante, con una salvedad, que se introduce ahora, que se trate de empleados del hogar; e) haber nacido y residir legalmente en España; se suprimen las referencias que el anterior art. 38.1.a) incluía sobre el cumplimiento de los plazos y concurrencia de las circunstancias determinadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; también, se suprime el apartado b) dedicado a los originarios de las ciudades de Ceuta y Melilla con arraigo en las mismas; f) ser cónyuge, o hijo de trabajador extranjero que posea un permiso no inicial de trabajo, que viene a sustituir el apartado h) del anterior art. 38.1, que en lugar de hablar de permiso no inicial lo hacía de permiso de trabajo C; g) tener permiso de residencia permanente en España; h) haber tenido la condición de refugiado o asilado, condición que se mantiene, como en su anterior redacción, durante los doce meses siguientes a la pérdida de dicha condición; i) los trabajadores que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria y equipos importados, o instalaciones de una empresa extranjera, siempre que se justifique la presentación de comunicación preceptiva ante el órgano competente en materia de industria, mientras que en el anterior 38.2 se hablaba de informe previo del Ministerio de Industria y Energía; los apartados j) y k) constituyen dos importantes novedades del vigente Reglamento, puesto que introducen a los solicitantes de asilo y a los desplazados que sean titulares de un permiso de residencia, respectivamente, entre las circunstancias consideradas como preferencias³³.

Entre los factores preferenciales, la única novedad, como señalábamos, la constituye la inclusión de Iberoamericanos, filipinos, ecuatorianos, andorranos o sefardíes (apartado b) y de aquellas personas que sean considerados como personal clave en la empresa extranjera que se instale en España (apartado f).

La enumeración de preferencias del art. 77 se convierte en papel mojado ante la autorización que, con carácter general, se otorga al Ministerio de Asuntos Sociales, para que de acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pueda alterar el régimen de preferencias contenido en los artículos 77 y 79, cuando la situación nacional de empleo así lo aconseje (art. 80.1); estableciendo como única garantía la exigencia de resolución motivada en cada caso. Autorización que ya se contemplaba en el art. 42 del anterior Reglamento³⁴ y que el nuevo texto del Reglamento de Extranjería, no ha variado sustancialmente. Se aporta como única novedad que la autorización recae sobre el Ministerio de Asuntos Sociales en lugar de sobre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que la actuación se hace pender, únicamente, de la situación de empleo nacional, mientras que el anterior art. 42 preveía también la falta de reciprocidad con el país de origen del extranjero que solicita el permiso.

3. RENOVACIÓN DE LOS PERMISOS

El nuevo Reglamento sitúa en sus artículos 78 y 79 el régimen de renovación de los permisos de manera agrupada, ofreciendo un tratamiento más estructurado y claro que su predecesor, el cual integraba las previsiones sobre renovación de permisos en los preceptos relativos a los mismos permisos de trabajo y a su concesión.

La renovación consiste tanto en “la prórroga de un permiso anterior” como en “la concesión, sin solución de continuidad, de otro permiso de trabajo de distinto tipo” (art. 78.1 Reglamento). Para la renovación se tendrá en cuenta que durante la vigencia del permiso anterior la ocupación fuese regular y estable; el cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad

Social, este requisito será tenido en cuenta, sobre todo, en la renovación de permisos de trabajo por cuenta propia³⁵; la continuidad en la relación laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada; y, por último, tendrá en cuenta el régimen de reciprocidad.

En el caso de titulares de un permiso B o D (renovados) en los que concurran alguna de las circunstancias del art. 79 del Reglamento, se verán beneficiados con una reducción de dos años del período de trabajo exigido para la obtención de un permiso C o E. Dichas circunstancias son las que siguen: ser iberoamericano, de Guinea Ecuatorial, filipino, andorrano o sefardí; ser originario de Gibraltar; haber nacido en España o tener la nacionalidad española; ser hijo o nieto de español de origen; haber residido de forma ininterrumpida en España durante los últimos cinco años; ser cónyuge o hijo de un trabajador extranjero con permiso de tipo C, E o permanente; tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

El vigente Reglamento introduce novedosos criterios en materia de renovación. En primer lugar, se establece la renovación automática del permiso de trabajo, cuando el titular se halle en situación de baja laboral derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y maternidad. Por otra parte, la obtención del permiso permanente y la renovación del permiso de tipo F, se condicionan, tan solo, a la circunstancia de que el titular continúe en activo, considerando trabajador activo, a estos efectos, tanto al que se halle prestando servicios, como al demandante de empleo. En el caso del permiso F, se exige, además, la subsistencia de las circunstancias que motivaron su concesión³⁶.

4. CORRESPONDENCIA ENTRE LOS PERMISOS DEL ANTERIOR Y NUEVO REGLAMENTO

De especial importancia resulta la normativa transitoria sobre la vigencia de los permisos otorgados con el anterior Reglamento. En este sentido, la Disposición Transitoria Primera del actual Reglamento establece la plena validez de aquellos mientras conserven su vigencia.

La Disposición Transitoria Segunda, dispone que las solicitudes, tanto de concesión inicial como de renovación de permisos, presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Reglamento, es decir, antes del 23 de abril de 1996, se resolverán conforme a los trámites del anterior Reglamento, con la posibilidad de que, a petición expresa del interesado, tales solicitudes sean resueltas de acuerdo con las normas del nuevo Reglamento, otorgándose el tipo de permiso que corresponda en cada caso. En desarrollo de esta normativa transitoria, la Dirección General de Migraciones dictó la Resolución de 17 de abril de 1996³⁷, en virtud de la cual se establece la correspondencia de los permisos de trabajo entre el antiguo y nuevo Reglamento, correspondencia que, inicialmente, está prevista para las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de nuevo Reglamento, cuando el interesado opte por la aplicación de éste. Parece, sin embargo, que la lógica obliga a extender aquella correspondencia a las solicitudes de renovación de los permisos de trabajo otorgados, al amparo del anterior Reglamento, presentadas con posterioridad a la entrada en vigor del actual, como viene a confirmar la Circular Núm. 15/96 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de fecha 10 de Septiembre de 1996³⁸

La referida Resolución, en su apartado segundo establece una tabla de correspondencias entre permisos de trabajo del anterior y nuevo Reglamento distinguiendo según se trate de permiso de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia:

I. Permisos de trabajo por cuenta ajena:

a) Aquellas personas que sean titulares de permisos “b” o “br” podrán obtener un permiso de trabajo “B” de dos años de duración, en primera renovación.

Pese a que el anterior Reglamento no contemplaba el permiso tipo “b” (minúscula), en la práctica, venía siendo utilizada por la Administración para distinguir el permiso inicial del renovado, razón por la que la Resolución de 17 de abril recoge tal tipología. Lo mismo cabría

decir del permiso “br”, que sirvió para identificar los permisos que se concedieron a través del proceso de Regularización de 1991.

b) Los titulares de permisos “B”, podrán obtener un permiso de trabajo “B”, de dos años de duración, en la segunda renovación

La redacción de la presente disposición plantea dudas interpretativas, motivadas, precisamente, por la aplicación que del anterior Reglamento realizaba la Administración al utilizar denominaciones distintas a las contenidas en aquel, con finalidad meramente práctica. De una primera lectura de la disposición transcrita se desprende que el titular de permiso tipo “B”, del anterior Reglamento, tendrá que haber renovado dos veces ese permiso, para que se le pueda otorgar un permiso “B” de dos años, del actual Reglamento. Sin embargo, si recordamos la existencia del tipo “b”, según los términos empleados por la Administración, la segunda renovación de un permiso tipo “B”, a la que se refiere esta disposición, será la primera renovación del anterior permiso “B”. En otras palabras, dado que el permiso tipo “B” inicial del Reglamento de 1986, se venía identificando por la Administración como “b”(minúscula) y a su renovación se otorgaba un permiso “B” (mayúsculas), cuando el extranjero renueve este permiso, identificado con la letra B mayúscula, en realidad, estará realizando la segunda renovación.

El motivo de que a la segunda renovación de un permiso tipo “B” del anterior Reglamento se otorgue un permiso “B” (por dos años) y no un tipo “C” (por tres años) del actual Reglamento, resulta coherente, teniendo en cuenta que los extranjeros que obtengan su primer permiso de trabajo por cuenta ajena, durante la vigencia del nuevo Reglamento, necesitarán haber sido titulares de permiso de trabajo, durante tres años: primero un b (inicial), por un año, y después un B (renovado), por dos años, antes de obtener un permiso “C” por tres años.

c) Se podrá conceder un permiso “C” por tres años de duración, a los titulares de permisos “B”, en la tercera y cuarta renovación.

De conformidad con la previsión del actual Reglamento de exigir haber sido titular de un permiso de trabajo, durante 3 años consecutivos (b inicial + B renovado), para obtener un permiso C, esta disposición establece que los titulares de un anterior permiso tipo B, de un año, sólo pueden conseguir el tipo C cuando renueven por tercera vez. Por otra parte, ante la cuarta renovación de un permiso B de los del R.D. 1119/86 (4 años acumulados de permiso) se le seguirá otorgando un permiso C por 3 años, mientras que a los titulares de un tipo B del actual Reglamento les bastará con haber sido titulares de un permiso de trabajo durante tres años (b inicial de un año + B renovado de dos años), según lo ya referido.

Estas diferencias de tratamiento, con respecto al mayor o menor número de años que el extranjero necesitará para obtener un permiso C, según se trate de un permiso B del anterior o actual Reglamento, no obedece a causa especial alguna sino, simplemente, al hecho de que el nuevo Reglamento no prevé la concesión de un nuevo permiso al extranjero que ha sido titular de un permiso B, durante cuatro años consecutivos.

d) Los titulares de permisos “B” podrán obtener un permiso de tipo “C”, en la quinta renovación.

El agravio comparativo que, en este supuesto, se produce a los extranjeros que renuevan permisos del anterior Reglamento, frente a los titulares de permisos del nuevo Reglamento, resulta patente. El otorgamiento de un permiso “C”, por tres años, a quien durante cinco años ha sido titular de un permiso de trabajo tipo “B” del anterior Reglamento, supone que los extranjeros que renueven su quinto permiso “B”, en cuanto se les va a otorgar un tipo “C”, por tres años, acabarán por necesitar haber sido titular de un permiso de trabajo, durante ocho años consecutivos, antes de acceder a un permiso permanente. Por lo que respecta a los extranjeros que comiencen su andadura con el nuevo Reglamento, bastará con que éstos reúnan seis años de titularidad consecutiva de

permiso de trabajo (b inicial de un año + B renovado de dos años + C por tres años), para alcanzar la estabilidad que conlleva la titularidad de un permiso permanente.

Desde el punto de vista de que los distintos permisos se otorgan en función del periodo de tiempo que se haya sido titular de permiso de trabajo, hubiera resultado lógico conceder un permiso permanente, al extranjero que ha sido titular, durante cinco años de un permiso "B". Sin embargo, el artículo 75 del nuevo Reglamento excluye esta posibilidad al establecer que, únicamente, podrán obtener el permiso permanente los titulares de un permiso "C", al término de su vigencia.

e) Los titulares de permisos de trabajo "C", podrán obtener un permiso de trabajo permanente.

Esta disposición reconoce la validez de los permisos tipo "C" del anterior Reglamento para acceder al permiso permanente. No obstante, el titular de un permiso "C" del anterior Reglamento, deberá agotar el periodo de su vigencia, es decir, cinco años, para que se le pueda conceder el permiso permanente, ya que el legislador no ha contemplado que lo puedan hacer a los tres años de su vigencia, que es la duración prevista para los permisos "C" actuales.

II. Permisos de trabajo por cuenta propia:

a) Aquellas personas que sean titulares de permisos "D" podrán obtener un permiso de trabajo "D" de dos años de duración, en la primera y segunda renovación.

Al igual que en los permisos por cuenta ajena, quien resulta comparativamente perjudicado, con esta correspondencia, es el titular de un permiso "D" del anterior Reglamento, que renueve por segunda vez, ya que necesitará un año más de titularidad de permiso de trabajo, para obtener un "D" del nuevo Reglamento (dos años).

b) Los titulares de permisos "D" podrán obtener un permiso de tipo "E", de tres años de duración, en la tercera, cuarta y quinta renovación.

Con el nuevo texto reglamentario del permiso "D" de dos años se pasa al "E" de tres y de éste al permanente, produciéndose una especie de vacío con respecto a las renovaciones anuales del anterior Reglamento. Los actuales permisos ya no tendrán una segunda, tercera, y hasta quinta renovación, como ocurría con el Reglamento del 86, puesto que, en puridad, no son renovables sino que se convierten en pasos previos necesarios para acceder al permiso posterior inmediato.

De este modo, los titulares de un permiso "D" del anterior Reglamento, si han renovado dicho permiso tres veces, podrán obtener un permiso "E", actual, de tres años de duración. En el supuesto de que en el momento de renovar el permiso "D", hayan sido titulares del mismo, durante cuatro o cinco años, igualmente se les otorgará un permiso "E" de tres años, dado que con el nuevo Reglamento es necesario una titularidad acumulada de 6 años de permiso de trabajo por cuenta propia, antes de acceder al permanente.

b) Los titulares de permisos de trabajo del tipo "E" podrán obtener el permanente.

Debemos entender que los titulares de un permiso "E" del anterior Reglamento, deberán esperar a su extinción, es decir, agotar su vigencia de cinco años, para poder solicitar, en el momento de su renovación, un permiso permanente.

III. Quinta renovación: Los titulares de permisos "B" o "D", tendrán la posibilidad de optar por un "C" o "E", respectivamente, de tres años de duración, según el nuevo Reglamento, en la quinta renovación. De no ejercitar la opción tendrían derecho a obtener permiso de trabajo de cinco años de duración.

En principio, parece evidente que la opción más favorable para el extranjero es la del acogerse al anterior Reglamento que le permite obtener un permiso de mayor duración, de cinco años. Sin embargo, tal elección comporta que, durante esos cinco años, tenga que cumplir, escrupulosamente, todos los requisitos que le permitan posteriormente renovar el permiso; mientras que si opta por un permiso tipo "C" o "E" del actual Reglamento, deberá mantener tales requisitos (trabajo regular y estable o estar al corriente en las cuotas a la Seguridad Social), tan solo por tres años, hasta que obtenga el permiso permanente, cuya renovación ya no queda vinculada al cumplimiento de ningún requisito.

IV. Preferencias:

a) Los titulares de un permiso de trabajo tipo "B", en quienes concurran alguna de las circunstancias previstas en el artículo 79 del nuevo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, podrán obtener un permiso "C" en la segunda renovación.

En la Resolución de 17 de abril de 1996, se prevé expresamente el supuesto de renovación de los permisos del anterior Reglamento, para las personas en quienes concurran algunas de las circunstancias previstas en el art. 79 del nuevo Reglamento (preferencias de renovación³⁹).

De acuerdo con la reducción a dos años de titularidad de un permiso "B" del actual Reglamento⁴⁰ (art. 79), para obtener un permiso "C", se prevé que los titulares de un permiso "B" del anterior Reglamento puedan, igualmente, obtener un permiso "C" a los dos años de tener un permiso "B"; en otras palabras, los extranjeros incluidos en el art. 79, que a la entrada en vigor del nuevo Reglamento, renueven, por segunda vez, un permiso "B" (un año) podrán obtener un permiso "C" del actual Reglamento (tres años).

Ha de tenerse en cuenta que el primero de los permisos tipo "B" del anterior Reglamento, lo encontraremos identificado con la letra b minúscula, sin que ello constituya óbice alguno para que sea computado a efectos de la correspondencia en la renovación, que ahora tratamos.

b) Los titulares de un permiso "D" en quienes concurran alguna de las circunstancias previstas en el artículo 79 del nuevo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero podrán obtener un permiso "E" en la segunda renovación.

Los titulares de un permiso "D" del anterior Reglamento que renueven por segunda vez, podrán obtener un permiso "E" del nuevo, de tres años, siempre que se encuentre incluido en alguno de los supuestos del art. 79.

c) Los titulares de un permiso de trabajo "B" o "D" en quienes concurren alguna de las circunstancias previstas en el artículo 79 del nuevo Reglamento (...) y que no la hubiesen alegado con anterioridad, podrán obtener un permiso de trabajo permanente en la quinta renovación.

Se pretende otorgar el beneficio de acceso, directo, a un permiso permanente desde un permiso tipo "B" o "D", en su quinta renovación, a los extranjeros en quienes concurran alguna de las circunstancias del art. 79, siempre que no hubiesen alegado ninguna de ellas, con anterioridad.

Resulta un tanto banal la previsión de que no se hayan alegado, con anterioridad, tales circunstancias, puesto que lo que establece el art. 79 del nuevo Reglamento, son "preferencias de renovación", y los permisos "B" o "D" del anterior Reglamento eran permisos iniciales, por

muchas "renovaciones" que éstos hubiesen sufrido, sin cambiar de tipo de permiso. Por otra parte, el art. 79 del actual Reglamento tiene su antecesor inmediato, en cuanto determinante de preferencias de renovación, en el apartado tercero del art. 39 del R.D. 1119/86, previsto para la obtención de un permiso "C", por lo que difícilmente podrá haber sido alegada una preferencia de renovación, por quien continúa con el mismo tipo de permiso inicial, sea "B" o "D".

Llama la atención la posibilidad de que los titulares de un permiso "B" o "D", en la quinta renovación, puedan acceder a un permiso permanente, directamente, sin pasar por el permiso "C" o "E". Dicha posibilidad resulta difícilmente conjugable con el apartado IV del art. 75 del Reglamento vigente, en el que se establece que el permiso permanente podrá obtenerse por los titulares de un permiso C o E, al término de su vigencia.

En consecuencia, a pesar de que el Reglamento prevé el acceso al permiso permanente, tan solo, desde la titularidad de un "C" o un "E", y de que el juego de las "preferencias de renovación", tan solo es contemplado para la obtención de un permiso de clase C o E, la Resolución de 17 de abril de 1996, llega mucho más lejos al permitir hacer uso de las preferencias de renovación, previstas en el art. 79 del Reglamento, no para obtener un permiso C o E, sino para acceder a un permiso permanente, sin haber sido titular previamente de un permiso "C" o "E".

V. Segunda renovación: los titulares de un permiso de trabajo tipo "B" o "D", en quienes concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 79 del nuevo Reglamento (...), podrán obtener un permiso "C" o "E" en la segunda renovación. De no ejercitar la opción, tendrán derecho a obtener permiso de trabajo de cinco años de duración.

Se trata de aplicar lo dispuesto en el art. 79 del nuevo Reglamento a los titulares de permiso "B" o "D" del anterior, reduciendo a dos años el periodo de trabajo exigido para poder obtener un permiso "C" o "E" de tres años de duración. Esta previsión resultaría absolutamente superflua, ya que no hace sino reiterar el tenor de los apartados a) y b) del apartado IV "Preferencias", a no ser por la aplicación que hace del juego de preferencias del art. 79, recortando el tiempo de duración de los permisos "B" o "D", para acceder a un "C" o un "E".

El segundo inciso de este precepto establece que al extranjero que no haya optado por acogerse al nuevo Reglamento, en la segunda renovación de un permiso "B" o "D", en lugar de un permiso "C" o "E" de tres años, se le otorgará un permiso "C" o "E", pero de duración conforme al anterior Reglamento, es decir, por cinco años.

5. INCIDENCIAS EN LOS PERMISOS

5.1. MODIFICACIÓN

El nuevo Reglamento en su art. 81 establece el régimen de modificación del alcance de los permisos de trabajo, normativizando, de este modo, lo que había sido una actuación administrativa arbitraria. La Administración no siempre actuaba de forma homogénea a la hora de valorar las posibilidades de modificación del alcance de los permisos. La anterior regulación reglamentaria no preveía los cambios que pudieran sufrir los permisos de trabajo como consecuencia de que se alterase alguna de las circunstancias que motivaron su concesión.

Ante el vacío existente en el anterior Reglamento, a este respecto, se daba el caso que mediante una interpretación flexible o restringida, en función del criterio del Director Provincial, sobre cuales fuesen sus competencias en la modificación del alcance del permiso de trabajo, en una provincia determinada, se admitiera, por ejemplo cambiar de empresario, mientras que en otra se impidiese tal alteración en el permiso concedido y con ello, indirectamente, se imposibilitara la renovación o concesión del posterior permiso, al impedir

acomodar el permiso vigente a las circunstancias reales del trabajador, en consecuencia, no poder acreditar en el futuro una prestación laboral efectiva.

Con el otorgamiento expreso de facultades a la autoridad que concede el permiso, para poder modificar, a petición del solicitante y mediante resolución motivada, el alcance del permiso de trabajo, se garantiza la pervivencia del permiso de trabajo, mientras exista la posibilidad de desarrollar una actividad lucrativa, aunque ésta no sea la misma que dio lugar a la concesión del permiso.

Cuando el precepto reglamentario habla de “*a petición del solicitante*”, hemos de entender por tal, al trabajador extranjero titular del permiso, y no al solicitante del permiso que se pretende modificar, pues si entendiéramos que se trata del solicitante del permiso concedido, estaríamos vaciando de contenido este régimen de modificación de permisos, respecto a los permisos iniciales por cuenta ajena, que son solicitados por el empleador, quien, lógicamente, tendrá poco interés en que el trabajador extranjero, modifique su permiso de trabajo para, por ejemplo, trabajar para otro empresario. Estos permisos, por tener ámbitos de aplicación más restringidos, son los llamados a encauzar el régimen de modificación.

Cuando se acuerde mediante resolución motivada de la autoridad laboral que concedió el permiso, su modificación, el nuevo permiso que se otorgue no tendrá el carácter de renovación del permiso originariamente concedido, sino que seguirá siendo el mismo permiso pero con un ámbito de aplicación distinto y, tan solo, seguirá vigente durante el tiempo que reste al permiso sustituido. Estableciéndose, expresamente, en el Reglamento que la concesión de este nuevo permiso modificado no originará el abono de tasas, salvo las derivadas de la expedición de la nueva tarjeta⁴¹.

5.2. DENEGACIÓN

Las causas que darán lugar a la denegación de los distintos tipos de permisos de trabajo vienen determinadas en el art. 82 del actual Reglamento, establecidas en cuatro bloques: 1.) Supuestos de denegación de los permisos A y b (inicial); 2.) Supuestos que darán lugar a la denegación del permiso d (inicial); 3.) Causas de denegación de los permisos tipo B y D (renovados) y de tipo C y E; 4.) Supuestos de denegación del permiso tipo F.

La resolución de denegación deberá estar suficientemente motivada⁴² y será notificada al solicitante de la misma (art. 95.5), para no crear situaciones de indefensión.

De conformidad con la Disposición Adicional Cuarta del nuevo texto reglamentario, la resolución que se dicte por la autoridad laboral, denegando la solicitud de permiso, pondrá fin a la vía administrativa, cabiendo la interposición del correspondiente recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como ocurría con el anterior Reglamento, tras la aprobación de la Ley 30/1992 que suprimía el recurso de reposición. No obstante, el nuevo Reglamento permite, con carácter excepcional, la posibilidad de que las resoluciones sobre renovación de permisos de trabajo, puedan ser recurridas mediante recurso ordinario, previamente a la vía jurisdiccional, al no agotar aquella la administrativa.

1.) Causas de denegación de los permisos de trabajo tipo A y b (inicial).

En esencia, el nuevo Reglamento adopta como causas de denegación de este tipo de permisos, las mismas que se establecían para ellos en el anterior Reglamento (art. 37.4), con alguna pequeña novedad:

1.1. Cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, sin perjuicio de las preferencias y excepciones establecidas en el Reglamento actual.

Esta causa de denegación se encuentra directamente relacionada con las dos primeras circunstancias de concesión del permiso de trabajo, establecidas en el apartado I) del art. 76 del actual Reglamento, que persiguen la protección de la mano de obra española y/o de los trabajadores comunitarios o extranjeros residentes y que son la transposición de los dos primeras circunstancias enunciadas en el art. 18.1 de la LOE para la concesión y renovación del permiso de trabajo.⁴³.

El nuevo Reglamento no ha introducido novedad alguna sobre el criterio de la situación nacional de empleo, propiciando una interpretación continuista del mismo, es decir, una interpretación restrictiva, derivada de la confusión de los principios de prioridad y publicidad.

En nuestra opinión, la interpretación restrictiva de la “situación nacional de empleo”, como ha señalado un sector de la doctrina⁴⁴, confunde el principio de prioridad, en el mercado de trabajo, con el principio de publicidad. En ningún caso, bastará una alusión genérica y abstracta a la situación nacional de empleo, para denegar un permiso de trabajo, puesto que tales restricciones no sólo no alcanzan su objetivo inicial sino que favorece la proliferación de trabajo clandestino.

La prioridad de los trabajadores españoles, comunitarios, o residentes legales, para acceder a cualquier puesto de trabajo, con respecto a los extranjeros no residentes, exige que se haya dado publicidad a la oferta de empleo, sin que ello implique la denegación de la solicitud de permiso de trabajo, tan solo, por la existencia de trabajadores en paro.

La constatación de trabajadores inscritos como demandantes de empleo, en la actividad de que se trate, no será motivo suficiente para la denegación de la solicitud del permiso, sino que será necesario para denegar un permiso por esta causa el que un trabajador nacional, comunitario o residente legal suficientemente cualificado, manifieste su voluntad de ocupar el puesto de trabajo. En este sentido, el Tribunal Supremo interpretando correctamente el principio de publicidad, ha considerado improcedente la denegación del permiso, en base a la situación nacional de empleo, cuando no conste la concurrencia, al puesto de trabajo ofertado y anunciado en prensa, de ningún trabajador español⁴⁵ (con el actual Reglamento habrá que entender también trabajador comunitario o residente legal).

1.2. Cuando las condiciones fijadas en el contrato que acompaña a la solicitud fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría y localidad.

Cuando se habla de contrato de trabajo que acompaña a la solicitud habremos de entender “Oferta de Trabajo”, presentada en modelo oficial, que ha sido recientemente aprobado mediante Resolución de 12 de Julio de 1.996⁴⁶. Modelo oficial que “permite normalizar los diversos tipos de contratos y compromisos formales de colocación utilizados hasta la fecha”, así como “clarificar los trámites de solicitud de visado a la vez que incrementa las garantías en el procedimiento” (Preámbulo de la R. 12 de Julio).

La concesión del permiso de trabajo para desarrollar una actividad laboral en inferiores condiciones a las legalmente establecidas para un trabajador nacional, supondría la creación de situaciones contrarias al principio de no discriminación en el trabajo del art. 17 del ET⁴⁷ y al principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de nuestra Constitución. Con tal propósito, la R. de 12 de Julio establece expresamente que “el salario y demás condiciones de trabajo y de protección social de los extranjeros autorizados a trabajar en España por cuenta ajena no podrán ser inferiores, en ningún caso, a los fijados por la normativa vigente en territorio español o determinados convencionalmente para los trabajadores españoles en idénticas circunstancias”.

1.3. Cuando la petición para emplear a trabajadores extranjeros sea formulada por persona no autorizada legalmente para residir o trabajar en España o no haya designado representante en España, en caso de residir en el extranjero.

Se trata del supuesto contemplado en la letra c) del art. 37.4 del derogado R.D. 1119/86, sin embargo, la actual redacción presenta una novedad que “*no haya designado representante en España, en caso de residir en el extranjero.*”, que es consecuencia de la introducción de la figura del representante de empresario no residente en España, como responsable del cumplimiento de las obligaciones empresariales.

1.4. Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, la empresa haya amortizado los puesto de trabajo que pretende cubrir, por despido declarado judicialmente nulo o improcedente o reconocido como tal en acto de conciliación, expediente de regulación de empleo por causas tecnológicas o económicas, o por la causa prevista en el apartado c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

Con esta causa de denegación, inexistente en el anterior Reglamento, el legislador amplía las medidas de defensa del empleo nacional frente a la política de concesión y denegación de permisos de trabajo, impidiendo que pueda ser contratado ningún trabajador extranjero cuando el puesto de trabajo, que pretendiera cubrir, hubiese quedado vacante, dentro de los doce meses anteriores, por haber sido amortizado mediante despido reconocido o declarado judicialmente, nulo o improcedente (art. 55 ET)⁴⁸; o mediante despido colectivo por causas tecnológicas o económicas, autorizado en expediente de regulación de empleo (art. 51)⁴⁹; o por la necesidad objetiva de la letra c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁰.

El nuevo Reglamento incorpora, así, entre sus disposiciones, la prohibición que se establecía en el art. 5 del derogado R.D. 1.989/1984, que limitaba la contratación temporal bajo esta modalidad cuando se hubiese destruido empleo estable, para facilitar la contratación de los trabajadores demandantes de empleo. Sin embargo, en la disposición que nos ocupa, la lectura de la prohibición es totalmente distinta; a pesar de que su finalidad última, en ambos supuestos, es proteger la estabilidad en el empleo. Puesto que la norma no lo distingue será indiferente que los puestos de trabajo amortizados hubiesen sido ocupados por trabajadores nacionales, extranjeros comunitarios, o extranjeros extracomunitarios.

1.5. Cuando el empleador solicitante haya incumplido de forma notoria la legislación social, en particular, la relativa a inmigración.

Se hacen recaer las represalias por las infracciones cometidas por el empleador contratante en el extranjero, que a pesar de haber confiado en la buena fe del empresario, verá denegado su permiso de trabajo y, en consecuencia, se le impedirá trabajar en España, debido a incumplimientos de la empresa.

Las denegación por esta causa se convierte en una auténtica medida represiva, contraria al espíritu de integración de la inmigración, que preside el nuevo Reglamento. La legislación social sobre inmigración, no posee el carácter proteccionista de la relativa a los trabajadores nacionales, ya que aquellos se hallan indefensos en el mercado laboral, sin una ocupación suficientemente garantizada y desprotegidos frente al incumplimiento empresarial.

1.6. Cuando la oferta de empleo sea formulada por empresario aparente, o existan dudas razonables sobre su capacidad o solvencia para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato.

Con este supuesto pretende impedir la concesión de permisos de trabajo solicitados por quienes fingen tener la condición de empresario, así como por quienes, difícilmente, pueden soportar un trabajador a su cargo. La Administración, frecuentemente, deniega los permisos solicitados cuando se trata de extranjeros contratados como empleados de hogar o para la prestación de servicios personales por quien, realmente, no tiene un patrimonio, ni ingresos suficientes para cumplir con sus obligaciones como empresario.

1.7. Cuando para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas.

Supuesto ya contemplado en la letra e) del art. 37.4 del anterior Reglamento, si bien en aquél, junto a la presentación de documentos falsos o formulación de alegaciones inexactas, se contemplaba también como causa de denegación del permiso, la omisión de alguno de los datos o documentos exigibles. Todo ello sin perjuicio de la correspondiente sanción penal.

1.8. Cuando concurra cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la autoridad competente, mediante resolución debidamente motivada.

Se mantiene el carácter de lista abierta que tenía el art. 37.4 del anterior Reglamento, habiéndose limitado, el actual desarrollo reglamentario a modificar la expresión “*cualquier otra causa que sea considerada motivo legítimo*” (letra f) art. 37.4 R.D. 1119/86), por “*cualquier otra causa que constituya motivo suficiente*”.

2.) Causas de denegación del permiso tipo d (inicial):

2.1. Cuando, a la vista de los informes, se considere que la actividad proyectada no favorece la creación de puestos de trabajo o la inversión resulte irrelevante para la economía nacional.

Con la configuración de este supuesto como causa de denegación del permiso inicial por cuenta propia, el nuevo Reglamento endurece enormemente las exigencias necesarias para obtener un permiso que permita al extranjero desarrollar una actividad por cuenta propia.

Tales causas de denegación del permiso por cuenta propia conllevan que, prácticamente, ningún extranjero pueda constituirse como “autónomo” ya que la actividad típica de muchos inmigrantes, la venta ambulante, desaparecerá, de este modo, como actividad que les permita residir y trabajar legalmente en España.

2.2. En el caso que, por razones de competencia, afecte de forma grave al sector en el que se pretende realizar la actividad para la que se solicita.

Olvidando el principio de libre competencia, el Reglamento establece la protección, a ultranza, de los empresarios españoles. Si esta causa de denegación impide el establecimiento por parte de un extranjero de una empresa de cierta entidad y la anterior causa de denegación (2.1.) imposibilita la constitución, por un extranjero, de una empresa irrelevante para la economía nacional, no resulta descabellado pensar que el nuevo Reglamento se propone la desaparición del empresario extranjero.

2.3. Si durante la tramitación del expediente, se aprecia la concurrencia de alguno o algunos de los motivos señalados en los apartados 1.7 y 1.8.

3.) Causas de denegación de las solicitudes de los permisos tipo B y D (renovados) y de tipo C o E:

3.1. Establece el Reglamento que con carácter general se denegará la concesión de estos permisos cuando no se acrediten los requisitos que vimos se exigían para su renovación, y que vienen establecidos en el art. 78.2 del desarrollo reglamentario⁵¹.

3.2. Cuando el trabajador extranjero solicitante de alguno de estos permisos *haya permanecido fuera del territorio nacional durante más de seis meses de forma ininterrumpida.*

3.3. Cuando en la tramitación del expediente concurren circunstancias encuadrables en los supuestos de denegación de los permisos tipo A y b (inicial), salvo, la señalada como 1.1, referente a la consideración de la situación nacional de empleo.

4.) Causas de denegación del permiso tipo F:

Cuando concorra *alguna de las causas generales de aplicación*, entendiéndose como tales las causas de denegación establecidas para los permisos de trabajo por cuenta propia o ajena, según sea el tipo de actividad que se pretende desarrollar con el permiso F, que se solicita. De igual manera, a la hora de valorar la concurrencia de esas causas habrá que tener en cuenta si se solicita el permiso tipo F por primera vez (inicial) o estamos ante un renovación de éste, a efectos de determinar cuales son las causas que podrán llevar a su denegación.

5.3. EXTINCIÓN

Como causa de extinción del permiso el art. 83 del nuevo Reglamento, establece, expresamente, que éste se extinguirá cuando se haya comprobado que no sean ciertas las alegaciones presentadas para justificar la solicitud del permiso de trabajo, o que las condiciones impuestas para su concesión no hayan sido cumplidas. En estos supuestos, la autoridad laboral extinguirá el permiso de trabajo concedido, mediante resolución motivada, conforme a los trámites establecidos en el Real Decreto 1.778/1994, de 5 de agosto de la cual deberá dar traslado la autoridad laboral, a la autoridad gubernativa, a efectos de que ésta resuelva lo que proceda en relación con el permiso de residencia del extranjero a quien se le ha extinguido el permiso de trabajo.

IV.- TRAMITACIÓN DE LOS PERMISOS

La nueva versión del texto del Reglamento de Extranjería mantiene el criterio consagrado por la LOE (art. 15), según el cual el permiso de trabajo debe obtenerse simultáneamente al permiso de residencia (art. 44 del anterior Reglamento y art. 84 del texto del nuevo Reglamento).

1. SUJETOS LEGITIMADOS

El art. 84 del texto del vigente Reglamento recoge básicamente la enumeración que el art. 44 del anterior Reglamento realizaba de las personas legitimadas para solicitar la concesión o renovación de los permisos de trabajo, si bien ofrece una regulación más minuciosa de los casos en los que hay que entender legitimado al empresario para solicitar el permiso. Para ello aparte de la autorización general, contenida en el apartado a), según la cual se halla legitimado para solicitar la concesión o renovación de permisos el empresario que pretenda emplear al extranjero, siempre que se trate de actividades laborales por cuenta ajena, incluye dos casos en los que podrían plantearse dudas. Así aparecen legitimados el empleador beneficiario de la prestación de servicios realizados por trabajadores extranjeros desplazados en virtud de contrato suscrito con empresa residente fuera de España (apartado b)) y la persona que ostente la representación o actúe por delegación del empleador residente en el extranjero (apartado. c)).

La legitimación al resto de sujetos interesados en la solicitud del permiso se mantiene en los mismos términos. Estará legitimado el extranjero que desee realizar actividades por cuenta propia, cuando se trate de un permiso de clase C o de alguno de los nuevos permisos que la reforma ha introducido en el Reglamento, es decir, permiso permanente o extraordinario. También estará legitimado, el extranjero, cuando el empresario, al que incumbe la obligación de solicitarlo, no lo hiciera; ya que en caso contrario también ahora, el contrato de trabajo se considerará nulo.

2. DOCUMENTACIÓN NECESARIA

Los artículos 85 y 86 del nuevo Reglamento regulan la documentación requerida para la concesión y renovación del permiso, materia de la que, hasta el momento, se ocupaba el art. 51 del anterior Reglamento.

Los cambios no son muchos. Si acaso la nueva regulación ofrece una estructura más sistematizada y simplificada que clarifica el tema. En este apartado vamos a limitarnos a señalar, únicamente, aquellos aspectos para los que la reforma del Reglamento ha supuesto alguna modificación.

Entre los documentos exigidos al trabajador extranjero, para la concesión inicial del permiso de trabajo, dos de ellos sufren alguna modificación relevante. La exigencia del apartado 2.c) del anterior art. 50, formulada en términos excesivamente genéricos, de certificado médico oficial que diese fe de que el interesado no padeciera enfermedades transmisibles con repercusión pública, en su configuración actual expone peligrosamente los supuestos que habrá que entender incluidos en este certificado al remitirse a los términos a los que se refiere el art. 37 de este mismo Reglamento.

Decimos peligrosamente no por el esfuerzo de concreción realizado por el legislador, desde cualquier punto de vista encomiable, sino porque, al mismo tiempo, nos encontramos con algunas carencias o lagunas. Así, por ejemplo, se incluye un supuesto como la drogadicción sin decirse nada, sin embargo, sobre cuál debe ser el grado o nivel de ésta que permita rechazar la solicitud del interesado; supuesto, éste último, especialmente delicado por tratarse de informaciones cuyo conocimiento, por parte de terceros, sólo es legítimo en determinados casos muy precisos⁵², ya que se trata de datos que pertenecen al ámbito de la privacidad del trabajador.

Acudiendo a la normativa internacional sobre salud, en concreto, al Reglamento Sanitario internacional nº 2, de 25 de mayo de 1951, de la OMS, cabría, quizás, interpretar que sería posible impedir la entrada en España, solamente, a aquellos extranjeros que sufran las enfermedades cuarentenarias, las enfermedades contagiosas y parasitarias y la drogadicción en los casos y en la medida prevista en las distintas disposiciones.

Nada se dice, tampoco, en este precepto sobre cual deba ser el comportamiento ante una dolencia cada vez más frecuente, como el SIDA. En este sentido la Subsecretaría del Ministerio del Interior⁵³, basándose en un informe de la Secretaría General del Plan Nacional sobre el SIDA, emana unas instrucciones, según las cuales “no deberán exigirse las pruebas de detección de anticuerpos anti-VIH⁵⁴ en los diferentes controles sanitarios a los extranjeros que deseen entrar en territorio español, ni tampoco deberá incluir dichas pruebas el certificado médico sobre padecimiento o no de enfermedades infecto-contagiosas que los solicitantes de asilo o refugio deben presentar de conformidad con el párrafo segundo del artículo 4.2 del Reglamento de ejecución de la Ley de Asilo y Refugio”.

La otra modificación sobre los documentos requeridos al extranjero es menos llamativa, se disminuyen los requisitos con respecto a las fotografías necesarias, ahora, sólo se exigen tres fotografías tipo carnet, mientras que en el anterior Reglamento se detallaban al mínimo las características de las mismas al tiempo que se exigía un número mayor, cinco.

En cuanto a los documentos que serán exigidos a la empresa que contrate trabajadores extranjeros, el artículo 85.2 del nuevo Reglamento cierra la enumeración de documentos con una habilitación para que la autoridad competente requiera, discrecionalmente, los documentos que estime necesarios para acreditar la capacidad o solvencia del empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo; en la práctica, se está habilitando a la autoridad laboral para que solicite lo que quiera y cuando quiera, sin ningún tipo de cortapisas.

Por lo que se refiere a los documentos exigidos, para la renovación de los permisos, tanto a los empresarios como a los trabajadores, no existen novedades significativas.

3. LUGAR DE PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD

El art. 87 del nuevo Reglamento sigue distinguiendo dos posibles supuestos, como así lo hiciera también el art. 45 del anterior Reglamento, pero adecuándose, en esta ocasión, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a los cambios que los Reales Decretos 1173/1993, de 13 de julio y el 2129/1993, de 3 de diciembre han operado sobre la reestructuración de Departamentos Ministeriales y sobre la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos Sociales, respectivamente. El primero de los supuestos se da cuando el sujeto se halla en territorio nacional, en cuyo caso la solicitud deberá presentarse en los lugares previstos en el art. 38.4 de la, ya mencionada, Ley 30/1992⁵⁵ o, alternativamente, en: las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y de Asuntos Sociales; en las Oficinas de Extranjeros; en la Dirección General de Migraciones, cuando se trate de permisos de trabajo cuya resolución esté atribuida a dicho centro directivo.

El segundo supuesto es el del sujeto que se halle en territorio extranjero, en cuyo caso, la solicitud deberá presentarse ante la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida.

4. TIEMPO DE PRESENTACIÓN

Cuando se trate de la primera concesión, el art. 88 del nuevo Reglamento, únicamente, prevé la obligatoriedad de que la solicitud sea presentada antes del inicio de la actividad de que se trate, sin fijar plazo alguno; mientras que en el caso de renovación se fija un plazo de un mes de antelación con respecto a la fecha de caducidad del permiso. En este último supuesto el Reglamento recoge una práctica administrativa consistente en la posibilidad de renovar el permiso, en vigor, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos, cuando se solicite durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración, sin perjuicio de las sanciones procedentes. Ahora bien, en ningún caso, podrá concederse la renovación cuando haya transcurrido el anterior plazo de tres meses o haya residido más de seis meses de forma continuada fuera de España.

5. FORMA DE PRESENTACIÓN

El art 89 del nuevo Reglamento introduce una novedad con respecto a la regulación ofrecida por el anterior art. 47, relativa a la forma de presentación de la solicitud. Aquel prevé la posibilidad de que los interesados puedan presentar su solicitud por sí mismos o mediante representante debidamente acreditado.

Una vez presentada la solicitud, se expedirá un resguardo, haciendo constar la solicitud formulada y la fecha de su presentación (artículos 90 y 48 del nuevo y anterior Reglamento, respectivamente). Tratándose de renovación, dicho resguardo, surtirá los mismos efectos del permiso que se renueva, mientras no se resuelva el expediente, extremo que ya se recogía en el art. 48 del anterior Reglamento, si bien el actual desarrollo reglamentario especifica, ahora, que *“el resguardo prorroga la validez del anterior permiso”*, esta previsión puesta en conexión con el art. 79, permite entender que el periodo de renovación existente entre los permisos, deberá ser computado a efectos del periodo de dos años exigibles a los sujetos incluidos en dicho artículo, en la obtención de un permiso de clase C o E.

6. TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE

El anterior Reglamento ofrecía una regulación conjunta de la instrucción y tramitación del expediente, en su artículo 49. El actual Reglamento, siguiendo la línea de favorecer la estructuración lógica y funcional, las regula de forma separada, en los artículos 91 y 92 del nuevo texto reglamentario, referidos a la instrucción del procedimiento y a la tramitación, respectivamente.

Pocas diferencias se observan entre el anterior y el actual Reglamento en lo que se refiere a las líneas generales de instrucción y tramitación de expedientes; sin embargo, ciertos matices del Nuevo Reglamento merecen ser señalados.

El artículo 49 del anterior Reglamento establecía como momento de inicio de la instrucción y tramitación del expediente, el de recepción de la solicitud por alguna de las dependencias que se determinaban en el artículo 45 del anterior texto reglamentario, sin embargo, el actual Reglamento, por contra, de acuerdo con la plena aplicación del procedimiento administrativo común, ya no establece como exigencia e inicio del procedimiento el que sea recibida la solicitud por dependencias concretas, sino que bastará que dicha solicitud se haya presentado en cualquier de los lugares que contempla la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 38.4)⁵⁶.

Se mantiene la posibilidad de que la autoridad laboral competente recabe los informes que estime necesarios si bien se particularizan dos tipos de informes, según que la solicitud sea de permiso de trabajo por cuenta propia o ajena. Para las solicitudes de permiso de trabajo por cuenta ajena en la letra a) del apartado primero del artículo 93, establece que el eventual informe se solicitará de los servicios públicos de empleo, y éste se referirá al área geográfica, actividad económica y grupo de ocupación correspondiente a la solicitud en cuestión; por otra parte, cuando se trate de prestaciones de servicios o actividades por cuenta propia, establece la letra b) del referido precepto, que será el Ministerio de Comercio y Turismo el organismo competente para emitir el informe que se pudiera solicitar, además de los servicios municipales competentes en el territorio donde se pretendan prestar los servicios o actividad por cuenta propia en cuestión.

Merece, igualmente, señalarse que el apartado segundo del artículo 93 dispone, expresamente, que *los informes reseñados no serán vinculantes y deberán ser emitidos en el plazo de quince días*. Para quienes tengan que enfrentarse a la tramitación de estos permisos, es de agradecer el recordatorio que la norma hace a la autoridad laboral del carácter no vinculante de dichos informes que, por otra parte, no ha sido más que una traslación de lo dispuesto en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992⁵⁷. Parece, sin embargo, criticable que la advertencia sobre el carácter no vinculante de los informes se haya limitado a *los informes reseñados* ya que al reseñarse dichos informes con carácter “particular”, habrá que admitir la posibilidad de que la autoridad laboral recabe otro tipo de informes y, en consecuencia, al no estar estos entre los “reseñados”, se deja a la discrecionalidad de la autoridad laboral el darles o no un carácter vinculante.

Los informes recabados por la autoridad laboral, que ha de resolver la solicitud del permiso, resultarán decisivos en el sentido de la resolución, pues serán los únicos instrumentos de los que dispondrá la autoridad competente, para valorar la situación del mercado nacional, cuando se trate de permisos para actividades por cuenta ajena, o la creación de puestos de trabajo, relevancia de la inversión para la economía nacional, o la afección a la competencia del sector, cuando se trate de actividades por cuenta propia.

Ninguna razón aparente existe para que el plazo de emisión de informes, haya sido establecido en quince días frente a los diez que establece el artículo 83.2 de la Ley 30/1992,

máxime si se tiene en cuenta la trascendencia de la resolución del expediente para el extranjero pendiente de la obtención de permiso para poder trabajar en nuestro país.

El artículo 92 del actual texto reglamentario, bajo el título “Tramitación”, establece que *“cuando el trabajador extranjero no sea residente legal en España, la autoridad competente no emitirá su correspondiente informe hasta tener constancia, de conformidad con lo establecido en el art. 30.5, de que la solicitud de visado ha sido presentada en forma por la Misión Diplomática u Oficina Consular”*. Por su parte, el art. 30, en sus apartados 4 y 5, dispone que el Ministerio de Asuntos Exteriores, ante la solicitud de visado de residencia para ejercer una actividad lucrativa, por cuenta propia, requerirá el correspondiente informe de la autoridad laboral, a la que remitirá copia de la documentación aportada por el solicitante. Asimismo, el apartado cuarto del art. 91, con respecto al papel a desempeñar por la autoridad gubernativa, establece que ésta emitirá informe, a efectos de la posible autorización de la residencia, antes de la valoración de la solicitud por parte de la oficina receptora de la documentación.

Es así como, en la práctica, la tramitación de toda actuación administrativa, en la solicitud de permiso de trabajo de un extranjero no-residente, pasa, incomprensiblemente, por la valoración y emisión de informe de la autoridad gubernativa, puesto que hasta que la misma no emita informe favorable⁵⁸, la autoridad laboral no valorará tan siquiera la solicitud presentada y, en consecuencia, no podrá enviar informe alguno al Ministerio de Asuntos Exteriores.

En nuestra opinión, a pesar del plazo de tres meses, establecido en la Disposición Adicional Segunda del Nuevo Reglamento, para la resolución de los expedientes, la tramitación de los expedientes, al menos, para los extranjeros no residentes, se convertirá en un auténtico calvario de espera de emisión de informes, antes de poder llegar a España para hacer efectiva su oferta de trabajo. Mientras el anterior Reglamento, en el artículo 49.3, se remitía la parte de la solicitud relativa al permiso de residencia, a la Dirección General o Comisión Provincial de Policía, haciendo posible que la tramitación del expediente pudiera iniciarse paralelamente por Policía y Trabajo; con la actual regulación, deviene imposible puesto que la autoridad laboral no podrá entrar a valorar la solicitud hasta que la autoridad gubernativa no le remita su informe, momento en el que la autoridad laboral podrá emitir el suyo, para remitirlo, a su vez, al Ministerio de Asuntos Exteriores, quien, en su caso, remitirá autorización a la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, para que extienda el visado, previamente solicitado.

Llama la atención que el art. 92 con respecto al informe previo que ha de emitir la autoridad laboral para la concesión de visado haga, únicamente, mención al art. 30.5 referido al visado para ejercer una actividad lucrativa por cuenta ajena, omitiendo la previsión establecida, en el mismo sentido, en el artículo 30.4 respecto a la concesión de visado para ejercer una actividad por cuenta propia. En nuestra opinión, se trata de uno de los múltiples olvidos del legislador, que deberá ser subsanado en la prometida fe de errores. Por otra parte, resulta incomprensible que nada se diga sobre la posibilidad de que el trabajador extranjero esté exento de visado.

7. RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE

En lo que respecta a la competencia para resolver el expediente laboral, el actual texto reglamentario no aporta ninguna novedad a lo que en este sentido establecía el anterior desarrollo reglamentario. Siguen siendo las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad y, ahora también, de Asuntos Sociales, los órganos competentes para la resolución de los permisos de trabajo, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, y la actual Dirección General de Migraciones (sucesora de la extinguida Dirección General del Instituto Español de Emigración), cuando las solicitudes de permisos de trabajo hayan sido presentadas por empresas con diversos centros de trabajo en distintas provincias y posean una plantilla superior a 100 trabajadores,

teniendo centralizados sus servicios administrativos en Madrid. Se mantiene, igualmente, la cláusula general que permite a dicha Dirección General avocar el conocimiento y resolución de las solicitudes de permisos de trabajo.

Otra novedad de singular importancia la constituye el hecho de que la resolución favorable deba ser notificada al interesado. Con esta medida, se ha querido evitar la frecuente especulación a la que se han visto sometidos muchos trabajadores extranjeros, por parte de los empresarios "aparentes". El anterior texto reglamentario, en su artículo 52.4, disponía que cuando la resolución fuese favorable, ésta sería notificada, únicamente, al solicitante, es decir, al empresario, salvo cuando se tratase de: - actividades con duración inferior a noventa días, entregándosele el permiso de trabajo directa y personalmente; - actividades por cuenta propia; - de un permiso C. La falta de comunicación al interesado conllevaba que si el empresario solicitante no trasladaba la resolución favorable al extranjero, éste no tenía conocimiento de ella y, por lo tanto, no pasaba a recoger su permiso o lo hacía tardíamente.

El art. 95.3 introduce una importante novedad en cuanto a los efectos de la resolución favorable de la autoridad laboral que habilita, por si misma, sin necesidad de esperar a la obtención definitiva del permiso de residencia y trabajo, para el inicio de la actividad del trabajador y su afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social.

A pesar, de la habilitación que comporta tal resolución favorable, la tramitación del expediente deberá continuar hasta que se emita la correspondiente resolución por parte de la autoridad gubernativa, quien no se hallará vinculada por la resolución de la autoridad laboral a la hora de conceder o denegar el permiso de residencia, conforme ya se establecía en el art. 54.2 del derogado Reglamento, o en términos del nuevo texto reglamentario: *"sin perjuicio de que posteriormente pueda acordarse la denegación del permiso de residencia por la autoridad gubernativa"*. Sin embargo, en cuanto el nuevo procedimiento de tramitación del permiso de trabajo y residencia, exige un informe previo favorable por parte de la autoridad gubernativa - antes de que la autoridad laboral entre a valorar el expediente - las posibilidades de que el permiso de residencia sea denegado, tras la resolución favorable de la autoridad laboral, serán mínimas. De ahí que el legislador haya permitido el inicio de la actividad con la mera resolución favorable de la autoridad laboral, sin demasiado temor a los efectos retroactivos que pudieran derivarse de una eventual denegación del permiso de residencia.

Por lo demás, ninguna novedad presenta la actual regulación de la resolución y notificación del expediente con respecto a la que establecía el anterior Reglamento, salvo que ahora se da una agrupación de las disposiciones que en el anterior, aunque con idéntico contenido, se encontraban dispersas.

Respecto a lo que hasta ahora ha venido siendo el documento unificado de permiso de trabajo y residencia, el actual Reglamento, establece la tarjeta individual acreditativa de residencia y del permiso de trabajo, que aunque con el mismo significado que el anterior documento, ésta conlleva una serie de novedades y mejoras materiales. Según la Jefatura de Recursos de la Comisaría General de Documentación y Extranjería de la Dirección general de Policía, se tratará de un documento similar al D.N.I., aunque de distinto tamaño y color, que contendrá importantes novedades de control y seguridad en su elaboración.

V.- PROCESO DE DOCUMENTACIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

La Disposición Transitoria Tercera del actual Reglamento, establece una serie de medidas excepcionales, que pretenden paliar la insuficiencia de la legislación en materia de extranjería, para hacer frente a la afluencia masiva de inmigrantes en España⁵⁹.

Nos hallamos ante una “regularización”, similar a la prevista en la Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991⁶⁰. La Disposición Transitoria Tercera, al contrario de lo que ocurre con las otras disposiciones transitorias de este Reglamento, no pretende establecer unos criterios para la paulatina aplicación de la nueva norma, sino que introduce una serie de medidas de carácter temporal, tendentes a facilitar la legalización de ciertos inmigrantes, mediante la agilización de los tramites de obtención de los diferentes permisos.

En el ánimo del legislador, subyacían algunas pretensiones y cautelas originadas, en gran medida, por las experiencias precedentes. Estas últimas, indicaban que a pesar de haber sido llevados a cabo dos procesos de regularización, no se había conseguido dar una respuesta adecuada a la necesidad de controlar la población extranjera.

Por otra parte, se pretendía evitar que el conocimiento de la aprobación de un nuevo proceso de regularización, surtiera un “efecto llamada” que conllevara la llegada masiva de inmigrantes a España. Se procuró, por ello, mantener en sigilo la aprobación del proceso y circunscribir, su ámbito de aplicación, a los extranjeros que estuvieran en España antes del 1 de enero de 1996.

Con esta medida no se pretendía, sin embargo, conceder “una amnistía”⁶¹ general a todo extranjero residente ilegal en España, con anterioridad al 1 de enero de 1996, sino, únicamente, liberar de ciertas trabas administrativas, para su legalización, a los extranjeros, que en alguna ocasión, hubiesen sido titulares de un permiso y que debido o bien a la complejidad de la tramitación de las renovaciones de los permisos, o bien a la ausencia de trabajo en un cierto momento, o incluso, a la descoordinación existente entre las administraciones, no hubieran conseguido mantener la legalidad de su situación.

Este proceso de “regularización” (documentación) ha permitido que, al menos, parte de los extranjeros que se encontraban en España en situación irregular, hayan podido obtener un permiso de trabajo y residencia o un permiso de residencia, siempre y cuando reuniesen los siguientes requisitos:

- a) Encontrarse en España antes del 1 de enero de 1996.
- b) Haber sido titular de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia con posterioridad al 12 de junio de 1986⁶².
- c) No estar incurso en alguna de las causas de expulsión de los apartados c) y d) del art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985⁶³, ni que habiendo sido expulsado, con anterioridad, por alguna de dichas causas, tengan vigente la prohibición de entrada (durante el proceso de documentación).

Los extranjeros que hayan cumplido tales requisitos, en los cuatro meses siguientes a la entrada en vigor del actual reglamento, han gozado de la posibilidad de ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia, sin necesidad de tener que viajar a su país de origen para obtener un visado, conforme se establece en el apartado tercero de esta Disposición Transitoria Tercera.

El legislador en aras a la protección de los familiares de los extranjeros que se pudieran encontrar en tales circunstancias, en el apartado segundo de la Disposición, extiende el proceso de documentación a los familiares de los extranjeros que, habiendo perdido su permiso, se encontraran en España antes del primero de enero de 1996 y, siempre, que no se encontrasen incurso en causa de expulsión de los apartados c) y d) del art. 26 LOE. La previsión del apartado 2º de la Disposición, que incluye “en el proceso de documentación a los familiares de los extranjeros *“previstos en el apartado anterior”* supone la exclusión de los familiares de extranjeros, que se hallen legalmente en España, en el momento de aplicación de esta disposición.

Ante tan craso error, el Consejo de Ministros, amparándose en el apartado quinto de la Disposición Transitoria Tercera, incluye, como beneficiarios de este proceso, a los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España (número dos del apartado primero del Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 1996), teniendo en cuenta que siempre se entiende referido a los familiares incluidos en el art. 54.2 del Reglamento.

Sin embargo, dicha ampliación, no alcanza a todos los familiares de los extranjeros incluidos en el art. 54.2 del Reglamento. El proceso especial de documentación, establecido por la Disposición Transitoria del Reglamento, es, únicamente, aplicable a los familiares de extranjeros extracomunitarios, mientras que los familiares de los comunitarios⁶⁴, necesitan un visado para poder obtener la documentación que les permita trabajar y residir, legalmente en España. De este modo, los extranjeros extracomunitarios, teóricamente, con menor arraigo y vinculación con España y con un abanico de derechos más reducidos, durante el plazo de vigencia del proceso de documentación (desde el 23 de abril de 1996 hasta las 24 horas del día 23 de agosto de 1996)⁶⁵, han disfrutado de condiciones más favorables para su documentación y obtención de residencia legal, al no necesitar la concurrencia de visado alguno.

Las facultades que el Real Decreto 766/1992 confiere a los extranjeros comunitarios, a sus familiares y a los extranjeros familiares de español, según las cuales éstos tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer, así como a desarrollar cualquier actividad por cuenta ajena o propia, en cierta medida, se han visto reforzadas con la reforma introducida por el R.D. 737/1995. Mientras la anterior redacción del art. 3 condicionaba el ejercicio de tales derechos a la previa obtención de la tarjeta de residencia, la redacción del RD 737/95 ya no constriñe el ejercicio de tales derechos a la efectiva posesión de la tarjeta de residencia sino que parece imponerse, ahora, una mera obligación administrativa, que de no ser cumplida conlleva una sanción pecuniaria (art. 16), es decir, la no obtención de dicha tarjeta no puede afectar a la titularidad del derecho, ni a su ejercicio. Sin embargo, en cuanto la solicitud de dicha tarjeta, debe ser acompañada de visado o de su exención, en su caso (art. 10.3 d), durante la aplicación del proceso de documentación, los familiares de los extranjeros extracomunitarios han podido, paradójicamente, alcanzar la legalidad, simplemente, acreditando la relación de parentesco, mientras que los familiares de extranjeros comunitarios o de españoles, deben continuar salvando las innumerables trabas administrativas hasta la obtención de su documentación.

El Acuerdo del Consejo de Ministros, en la letra b), in fine, del número uno del apartado primero, amplía el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria Tercera al incluir a los *“beneficiarios de una resolución favorable de la autoridad competente sobre una solicitud de permiso de trabajo y residencia cuando no hubieran obtenido el permiso por circunstancias no imputables al interesado”*.

Algunas Direcciones Provinciales de Trabajo realizan una interpretación, entendemos errónea, de esta disposición del Consejo de Ministros, vaciándola de contenido. Tal vacío de contenido se produce al extrapolar, a las solicitudes presentadas en base a una resolución favorable, la previsión contenida en la letra d) del número uno del apartado tercero del Acuerdo, según la cual el solicitante de un permiso de residencia deberá aportar *“copia del permiso de trabajo y residencia o de la cédula de inscripción anteriores, o declaración de los datos identificativos y características de los mismos que permitan determinar la existencia del permiso anterior. La Dirección General de la Policía aportará, en todo caso, al expediente de certificación de que el interesado ha sido titular de alguno de los permisos anteriores según conste en el Registro Central de Extranjeros”*. En la práctica, las Direcciones Provinciales de Trabajo, considerando que la certificación de policía tiene que incluirse en todo expediente, tramitado al amparo de la Disposición Transitoria 3ª, han venido a solicitar de oficio dicho certificado, incluso, para las solicitudes presentadas en base a una resolución favorable que, obviamente, jamás pudo dar lugar a un permiso de residencia.

Cabe entender que la certificación de que el interesado ha sido titular de un permiso, tan solo, jugará en los supuestos en que el interesado solicitante haya sido titular, pero no ante el supuesto excepcional, añadido por el Acuerdo del Consejo de Ministro, de contar, únicamente, con una resolución favorable pues, en este supuesto no podrá existir una certificación de que el solicitante ha sido titular del permiso, precisamente porque jamás pudo obtenerlo por circunstancias ajenas a su voluntad.

En cuanto a la documentación exigible para la tramitación de las solicitudes, en relación con el proceso de 1991, se ha eliminado entre los requisitos exigidos, la oferta de contrato de trabajo, ante la existencia de un auténtico mercado clandestino de ofertas de contratos de trabajo, que nunca se consumarán.

Los tipos de permisos de trabajo obtenidos mediante el proceso especial de documentación, han sido otorgados de conformidad al apartado quinto del Acuerdo. A los extranjeros que hayan reunido los requisitos del punto primero del Acuerdo, se les ha concedido un tipo B (renovado) o D (renovado), dependiendo del tipo de actividad a desarrollar, “*de ámbito geográfico nacional, o un permiso de residencia de dos años de duración que tendrá la consideración de inicial ya renovado*”. Cuando se haya sido titular de un permiso del tipo C o E, se ha concedido un permiso del mismo tipo y si hubiesen sido titulares de un permiso de residencia ordinario, les habrá sido concedido otro permiso de residencia ordinario, de tres años. Por lo que se refiere a los familiares de los extranjeros que se acojan a este proceso, o de los que se encuentren legales, les habrá sido otorgado un permiso tipo b (inicial) o d (inicial), válido para una o varias actividades y ámbito geográfico nacional, quedando condicionado su otorgamiento, a la resolución favorable de la solicitud de su familiar o, en su caso, a que éste haya sido residente legal.

Contra todo pronóstico la medida "excepcional" de regularización de 1991· no fue suficiente para legalizar a los inmigrantes que deambulaban por España. A partir de ese momento la adopción de medidas excepcionales, pretendiendo encontrar acomodación racional a las exigencias normativas de la realidad ineludible, el incremento de inmigrantes por causas socioeconómicas, ha sido cada vez más frecuente. No parece que el proceso de documentación de extranjeros en situación irregular, presentado, ahora, como una medida "especial", pueda considerarse como definitivo y que no se tenga que repetir ésta u otra medida similar. Se corre el riesgo de que las regularizaciones excepcionales terminen por convertirse en el procedimiento ordinario a aplicar cada cierto tiempo, salvo que la Administración clarifique su política de inmigración y elimine contradicciones que siguen observándose en su actuación, simplificando los procesos ordinarios de documentación y renovación, en los que incide sobremanera el requisito de la oferta de empleo, inexistente en otros países europeos.

* Abogado en ejercicio. Secretario de la Sección de Extranjería del Colegio de Abogados de Valencia y asesor jurídico del Centro de Atención al Inmigrante, UGT, País Valenciano.

** Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

¹Uno de los últimos acuerdos firmados en materia de residencia y trabajo, es el Acuerdo firmado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado “ad referéndum” en Rabat, el 6 de febrero de 1996 (BOE de 28 de mayo).

²BOE de 21 de diciembre. En igual sentido: STC 107/1984, de 23 de noviembre, F.j. 4º; 99/1985, de 30 de septiembre, F.j. 2º. STS (Sala 5º, Contencioso-administrativo) de 23 de septiembre de 1987, Ar. 6145. Nuestra jurisprudencia coincide en señalar que la igualdad de trato entre extranjeros y españoles en materia de acceso al trabajo, no es exigible constitucionalmente (art. 35 CE), sino que se trata de un derecho de configuración legal (art. 13.1).

³BOE de 23 de febrero.

⁴BOE de 3 de julio.

⁵BOE de 12 de junio.

⁶Sobre los antecedentes del nuevo Reglamento, vid. Flores Giménez, F., “El nuevo Reglamento de Extranjería: ¿una ampliación de derechos?”. Valencia, 1996, en prensa.

⁷Pérez Capitán, L., “El régimen sancionador laboral en materia de extranjería”, *Aranzadi Social*, vol. III, 1993, pág. 2275.

⁸La exigencia de obtener un permiso de trabajo se extiende, con carácter general, al trabajo de todos los extranjeros, cualquiera que sea la Ley a que se someta o sujete el contrato de trabajo; así, por ejemplo, necesita permiso de trabajo el extranjero contratado por empresario extranjero, en país extranjero para trabajar en España. En igual sentido, STS (Sala 5ª, Contencio-administrativa) de 21 de enero de 1989, Ar. 400.

⁹ Conviene recordar que la Ley atribuye la cualidad de trabajador extranjero a los mayores de dieciséis años (art. 15.1 LOE), conforme a lo dispuesto en nuestras normas laborales (art. 6.1 ET).

¹⁰ Diversas sentencias del Tribunal Supremo otorgan eficacia a los Convenios bilaterales suscritos por España, concluyendo que reconocida la titularidad del derecho a trabajar en España a los ciudadanos del país firmante, el otorgamiento del permiso de trabajo “resulta imperativo por razón del Convenio” STS (Sala 3ª, Contencioso-administrativo) de 21 de mayo de 1990, Ar. 3.754.; (C.A.) de 1 de junio de 90, Ar. 4.868, (C.A.) de 25 de febrero de 1992, Ar. 1.034.

¹¹Estrada Carrillo, V., *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*. Ed. Trivium. Madrid, 2.ª edición, 1993, pág. 38.

¹² En síntesis, el art. 2 LOE se refiere a los miembros del cuerpo diplomático y de organismos internacionales.

¹³ El art. 29. 5 del anterior Reglamento establecía, literalmente: “...los estudiantes extranjeros estarán sometidos al régimen jurídico establecido para los extranjeros con carácter general en el presente Reglamento y no podrán obtener autorización para establecerse o trabajar en España.”

¹⁴ En sentido contrario STS de 11 de julio de 1994, Colex Data (95CA962). Esta analizando un supuesto de exención de visado considera como residencia legal, la permanencia en España al amparo de una tarjeta de estudiante.

¹⁵BOE, 23 de mayo.

¹⁶BOE, 4 de noviembre.

¹⁷ Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE 23 de mayo).

¹⁸ Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (BOE de 27 de marzo). Art. 22.3: “A las personas a quienes se conceda el refugio en España, siempre que deseen realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, **se les podrá extender los correspondientes permisos de residencia y trabajo**”. En idénticos términos art. 36.1 del R.D. 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de refugiado (BOE de 19 de abril).

¹⁹ R.D. 511/1985. Art. 36.2: “La concesión se realizará de acuerdo con los procedimientos previstos para ello, sin que para la concesión del permiso de trabajo se tenga en cuenta la situación nacional de empleo.” El art. 38.1.g) del Reglamento de ejecución de la LOE, R.D. 1119/1986, de 26 de mayo (BOE del 12 de junio) incluye entre las preferencias para la concesión de permisos de trabajo “haber tenido la condición de refugiado, conforme a la Ley 5/1984, de 26 de marzo. En este supuesto, la preferencia se podrá disfrutar solamente durante el año siguiente a la pérdida de la mencionada condición”.

²⁰R.D. 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE, 2 de marzo).

²¹ R.D. 203/1995, de 10 de febrero. Art. 29.2: “La autoridad competente expedirá un documento de identidad que habilitará, al refugiado y a los dependientes o familiares a quienes se haya reconocido la extensión familiar, para residir en España y desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con la legislación vigente en tanto persista su condición de refugiado.”

²² R.D. 203/1995, de 10 de febrero. Disposición Adicional Primera. “Especial consideración de los desplazados. 4: Serán documentados por permisos de residencia, renovables anualmente...La autoridad competente podrá autorizar a trabajar a los titulares de estos permisos de residencia según lo previsto en la normativa de extranjería.”

²³El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, haciendo uso de la facultad que anteriormente tenía conferida, aprobó la Orden de 26 de julio de 1989 (BOE de 28 de julio), en la que se contempla y regulan los supuestos en los que no es necesario obtener el permiso de trabajo previo. La actual regulación acomodada al nuevo Reglamento y conforme a la facultad otorgada por éste, en el art. 71.3, al Ministerio de Asuntos Sociales, de acuerdo con los Ministerios de

Justicia e Interior y de Trabajo y Seguridad Social, se incluye en un borrador de orden ministerial, pendiente de aprobación, en dicha orden se fijarán las normas generales y de procedimiento en relación con el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo.

²⁴Es el caso de la obtención del visado de entrada que corresponda, precisando del permiso de residencia o de la verificación de la legalidad de la estancia (O.M. de 26 de julio de 1989). En el borrador de la orden ministerial (versión 9/4/96), que establecerá las normas generales y de procedimiento en relación con el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo, se dispone que “*el reconocimiento de una situación de excepción referida a la autorización para trabajar no determina la exención de otras obligaciones legales, como la de obtener, en su caso, el visado de entrada expedido por una representación diplomática u oficina consular de España, o la obligación, cuando proceda, de obtener un permiso de residencia, competencia ésta que corresponde al Ministerio de Justicia e Interior*”.

²⁵ R.D. 155/1996, de 2 de febrero. Art. 71. 4.: “El tiempo en que se encuentren exceptuadas de dicha obligación las personas a que se refiere el apartado anterior (las del art. 16 LOE) no será tenido en cuenta como periodo trabajado en España a efectos de la concesión de permisos de trabajo a que se refiere este Capítulo”:

²⁶ Vid. Infra. apartado II. 3, sobre renovación de los permisos.

²⁷ El tenor del art. 40 del anterior Reglamento era el que sigue: “*1. El permiso de trabajo D se otorgará para el ejercicio de una actividad por cuenta propia, y, en su caso, par una localidad determinada.*

El permiso de trabajo D podrá concederse, a la vista de los informes prevenidos en la Sección siguiente, una vez acreditado que se han solicitado las autorizaciones exigidas por la legislación vigente a los nacionales, para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad proyectada....”

²⁸ Vid. infra. apartado II. 3.

²⁹ Vid. al respecto Cardona Torres, J., *Régimen Jurídico laboral de los extranjeros en España.*, J.M., Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1985.

³⁰Entre otras: STS (Sala 3ª, Contencioso-administrativo) de 10 de febrero de 1983, Ar. 594; (Sala 5ª, Contencioso-administrativo) 6 de septiembre de 1987, Ar. 6171; (Sala 5ª, C.A.) 4 de mayo de 1987, Ar. 3270; (Sala 3ª, Contencioso-administrativo) 4 de junio de 1992, Ar. 4773; (Sala 3ª, C.A.) 9 de julio de 1993, Ar. 5630; (Sala 3ª, C.A.) 18 de octubre de 1994, Ar. 7774.

Vid. Infra. apartado 5.2. Denegación.

³¹ López Gandía, J., “El acceso al empleo de los extranjeros en España”. *Relaciones Laborales*, 1986, nº. 2, pág. 251.

³²Voto particular de la STS (Sala 3ª, Contencioso-administrativo) de 25 de febrero de 1991, Ar. 1370.

³³ Vid. art 53 del nuevo Reglamento de ejecución de la LOE y art. 15.2 del Reglamento de ejecución de la Ley de Asilo.

³⁴ El tenor literal del art. 42 del anterior Reglamento decía que “*no obstante lo determinado en artículos anteriores, el alcance de las preferencias que en los mismos se establecen podrá ser modificado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuando, a juicio de éste, la situación nacional de empleo así lo aconseje o si los españoles no fueran objeto de un trato de reciprocidad en el país de origen del extranjero para el que se solicita el Permiso de Trabajo.*”

³⁵ Reafirmando la idea de que el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social será tenido en cuenta, tan solo, para la renovación de permisos de trabajo por cuenta propia, se establece en el apartado tercero del art. 78, la importante novedad de que *los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirá la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, siempre que pueda acreditarse la realización habitual de la actividad.* Ello viene a significar la posibilidad de que los trabajadores extranjeros no se vean doblemente afectados por el incumplimiento empresarial de no abonar las cotizaciones a la Seguridad Social, (tanto en las prestaciones sociales como en ulterior renovación del permiso de trabajo) exigiéndose ahora que cumpla quien realmente puede hacerlo, idea que se refuerza con lo establecido en este apartado tercero, *in fine*, al facultar a la autoridad laboral a poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto cometida por el empresario del trabajador extranjero que pretende renovar su permiso, a efectos de que aquella lleve a cabo las actuaciones que procedan.

³⁶ Vid. Supra. Permiso de trabajadores fronterizos, apartado II. 3.3.a.

³⁷ Resolución de 17 de abril de 1996, de la Dirección General de Migraciones, por la que se establece la correspondencia entre permisos de trabajo cuando se ejercite la opción prevista en la disposición transitoria Segunda del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 7/1985 (BOE 25 de abril).

³⁸ Instrucción Primera. 3.1.b “*En caso de que la resolución dictada sea favorable se concederá el tipo de permiso de trabajo que corresponda según la tabla de correspondencia de permisos de trabajo anexas a la Resolución de la Dirección General de Migraciones, de fecha 27 de abril de 1996, publicada en el BOE de 27 de abril de 1996*”

³⁹ Vid. Supra. Apartado II. 3, sobre Renovación de permisos.

⁴⁰ Los sujetos incluidos en el art. 79 obtendrán un B inicial, posteriormente, un B renovado de dos años y en el primero de esos dos años podrán obtener un C de tres años.

⁴¹ Las solicitudes de modificación del ámbito de aplicación del permiso, habrán de presentarse, en todo caso, ante la Dirección Provincial de Trabajo que haya concedido el permiso a modificar.

⁴² Vid. STS (Sala 3ª, C.A.) de 27 de febrero de 1990, Ar. 783; (Sala 3ª, C.A.) de 21 de septiembre de 1990, Ar. 6847; (Sala 3ª, C.A.) de 7 de marzo de 1991, Ar. 2183; (Sala 3ª, C.A.) de 25 de febrero de 1991, Ar. 1370, esta última señala que “no cabe confundir la brevedad y concesión de los términos de los actos administrativos resolutorios con su falta de motivación, bastando para entender cumplido este requisito con que, aún sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la denegación”.

⁴³ Vid. supra apartado II. 1 Criterios para la Concesión de los Permisos de Trabajo.

⁴⁴ Ramos Quintana, M., . *El trabajo de los extranjeros en España*. Ed. Tecnos. Madrid, 1989, pág. 79. AA.VV., *La inmigración. Derecho español e internacional.*, J.M., Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, pág. 365.

⁴⁵ Entre otras: STS (Sala 3ª, C.A.) de 22 de octubre de 1982, Ar. 5793; (Sala 5ª, C.A.) de 22 de mayo de 1987, Ar. 3428; (Sala 5ª, C.A.) de 5 de junio de 1987, Ar. 4002. El TS (Sala 3ª, C.A.) en la Sentencia de 10 de diciembre de 1991 (Ar. 9249) establece que “no cabe la mera alusión vaga a la situación nacional de empleo, (...) sino que la aplicación de ese evento legal obstativo exige como elemento de motivación del acto (art. 43)- justificar la concreta situación...”

⁴⁶ BOE de 25 de Julio.

⁴⁷ El Art. 17 del Estatuto de los Trabajadores dice: “*Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del estado español*”. Aunque la nacionalidad no esté contemplada como causa de discriminación prohibida en los artículos 4.2 c) y 17.1 del ET. La doctrina ha mantenido que cuando el legislador estatutario utiliza la expresión “raza” no lo hace en un sentido estricto del término, sino en el más genérico, prohibiéndose así también diferenciaciones derivadas del origen nacional o étnico, del linaje o del nacimiento (Rodríguez Piñero, M. “No Discriminación en las relaciones laborales”, *Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz, vol. IV. Edersa, Madrid, 1983, pág 349.)

⁴⁸ El art. 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) establece la forma y efectos del despido disciplinario.

“3.- El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo .4.- El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo.5.- Será nulo el despido que tenga por móvil alguna causa de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas.”

De acuerdo con el art. 53.4 habrá que entender que es también despido nulo la decisión extintiva acordada al amparo del art. 52 del ET, pero sin observar los requisitos establecidos en el art. 53.1.

⁴⁹ Referido a los despidos colectivos que, conforme al art. 51 del ET, requerirán, en todo caso, de autorización de la autoridad, el referido precepto entiende por tales “*la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas organizativas o de producción cuando en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresa que ocupen menos de cien trabajadores. B) El 10 por cien del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. C) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.*”

No existe razón aparente en la limitación a los expedientes de regulación de empleo aprobados por causas económicas o tecnológicas, depreciando las causas organizativas o productivas del art. 51 ET, mas que el legislador no ha tenido en consideración las novedades introducidas en el art. 51 del ET, por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

⁵⁰ Art. 52 c) “*Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo.*”

⁵¹ Vid. Supra. apartado II. 3, sobre la renovación de los permisos.

⁵² Nuestro Ordenamiento Laboral ha sido muy cauteloso en el tratamiento de la tóxico-dependencia del trabajador y así, sólo, la contempla situándola al mismo nivel de la embriaguez habitual, cuando repercutan negativamente en el

trabajo (art. 54.2.f. ET), configurándolas como causa de despido disciplinario. De no darse tal circunstancia cualquier acción del empresario dirigida a realizar indagaciones sobre estas informaciones, pueden suponer una intromisión injustificada en la intimidad del trabajador y de adoptar medidas con fundamento en aquellas, puede incurrir en discriminación prohibida por el art. 14 CE y, por los arts. 4.2.c) y 17.1 del ET.

⁵³ Instrucciones de 4 de diciembre de 1990 en la que se establecía la no exigencia de las pruebas de detección de anticuerpos del SIDA, en los controles sanitarios de entrada en el país. Para información adicional sobre las repercusiones de los controles sanitarios y del SIDA, sobre los inmigrantes, en concreto, y los trabajadores, en general, Vid. Sánchez Cano, J., y Giménez Cabezón, J.R., *Derecho y SIDA*. Ed. Mapfre. Madrid, 1995; y Cardona Rubert, M.B., "Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 16, 1994.

⁵⁴ Las siglas equivalen a: Virus de Inmunodeficiencia Humana.

⁵⁵ *Art. 38.4 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre: "las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse:*

En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.

En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o la de alguna de las Entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno Convenio.

En las Oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.

En las representaciones diplomáticas y oficinas consulares de España en el extranjero.

En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones Públicas, se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática y la transmisión telemática de los asientos."

⁵⁶ Vid. *Supra*. III. 3.

⁵⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, art. 83.1 "salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes".

⁵⁸ Este informe sólo será preceptivo cuando se trate de extranjero sin permiso de residencia.

⁵⁹ En este sentido, como medidas adoptadas con carácter especial para abordar el fenómeno de la inmigración, cabe mencionar la política de contingentes, iniciada en España con la Resolución de 14 junio de 1993 por la que se establecían instrucciones generales y de procedimiento sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros durante 1993. Resolución que fue la precursora de dicha política de contingentes, que en asimilación a la ya establecida en otros países de Europa, ha venido adoptándose en España durante los últimos años y que ha comportado que el legislador haya recogido tal medida excepcional en el actual Reglamento.(art. 70).

La política de cupos, aunque matiza el principio de defensa del empleo nacional, parte de la inexistencia de mano de obra nacional para determinadas actividades, lo que inicialmente se concretó en los sectores de agricultura y ganadería, servicios domésticos, construcción. Con posterioridad, este último sector ha sido excluido en el contingente de 1995. Por otro lado, juega como uno de los mecanismos preventivos de la irregularidad en el trabajo de extranjeros, "una actuación que persigue la canalización y control de los flujos migratorios" establecía la Res. de 19-VII-1995 y la Res. 21-IX-1994. La reciente política de contingente asimilada por España si bien en sus inicios tenía un espíritu de integración de inmigrantes, paulatinamente ha ido endureciéndose, intentando convertirse en un contingente puro, destinado a cubrir trabajos temporales en determinados sectores, sin espíritu alguno de integración del inmigrante. Este contingente puro fue introducido por la Resolución de 19-VII-1995 (BOE 11-8-95), en concreto, en la Instrucción 8ª, que posteriormente fue derogada por la Resolución 1-12-1995 (BOE 2-12-95), al verse forzada la Subsecretaría de Estado a dar marcha atrás, ya que hasta que no se derogó la exigencia de viajar al país de origen para que la solicitud de visado acompañase la solicitud nominativa de contingente, a penas hubieron inmigrantes dispuestos a tramitar la solicitud de contingente de 1995.

⁶⁰ Proposición no de Ley, presentada por los grupos parlamentarios Socialista, Popular, Catalán, CDS, Vasco y Mixto, publicada en el B.O.C.G., Serie D, nº 165, de 22 de marzo de 1991. La misma traía causa de la moción que el Congreso de los Diputados aprobó en junio de 1990, en virtud de la cual se solicitaba del Gobierno la elaboración y remisión a la Cámara de un informe sobre la situación de los extranjeros en España.

⁶¹ Editorial del País, 29 de abril de 1996.

⁶² Fecha de entrada en vigor del R.D. 1.119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó el anterior Reglamento.

⁶³ Art. 26.1 LOE. "Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:

c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa, que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

⁶⁴ Regulados por el Real Decreto 766/1992, de 26 de Junio, sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas (BOE de 30 de junio), modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo (BOE de 5 de junio).

⁶⁵ Acuerdo por el que se desarrolla el proceso de documentación de extranjeros en situación irregular, previsto en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. BOE de 17 de abril de 1996. Punto Segundo, apartado 3º (debe de tenerse en cuenta la corrección de errores, en BOE de 4 de mayo de 1996, por la que se sustituye el modelo de solicitud de permiso de residencia de extranjería, incluido en el acuerdo publicado en el BOE del 17 de abril).