

El nuevo Régimen de autorizaciones de trabajo por cuenta ajena en la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros



1.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha sido modificada hasta en cuatro ocasiones, la última por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE del 12 de diciembre).

Esta reforma es desde luego de envergadura: su artículo único contiene hasta ochenta y cuatro apartados (con otros tantos cambios de regulación o introducción de nuevos textos), y va seguido de siete disposiciones adicionales, la lógica derogatoria y cuatro finales. Saludada favorablemente por unos, en tanto —señalan— supone una adaptación de la normativa a la situación actual, ha sido también fuertemente criticada por otros, al considerarla restrictiva de los derechos de los inmigrantes.

Sea cual sea la valoración que nos merezca la nueva regulación, está claro que el iuslaboralista debe conocerla para poder ejercer con propiedad su labor en este terreno. Por eso dedicamos este artículo a una somera exposición de las líneas generales de la autorización del trabajo por cuenta ajena en la vigente Ley. Dejamos de lado otros aspectos por supuesto interesantes e importantes de la regulación de la inmigración, pero que desbordan el objetivo de estas líneas; confiamos en todo caso en que nuestra breve reseña anime a la profundización en tan delicado tema.

II. OBJETIVOS GENERALES DE LA REFORMA

En lo que nos afecta, la Ley Orgánica 2/2009 sitúa entre sus objetivos la adecuación de la inmigración al mercado laboral español, y la adaptación a las últi-

mas reformas estatutarias.

Se nos dirá así que las modificaciones operadas pretenden “*perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo*” (exposición de motivos V, 2). Para conseguirlo “se regula con mayor nivel de concreción la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y se limitan las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial” (e.d. m.VII). En definitiva, pues, se define como principio de la política migratoria, a tener en cuenta por todas las Administraciones públicas con competencias en la materia, “*la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo*” [artículo 2 bis.2.b) de la Ley].

Se pretende también —se dice en otro lugar de la exposición de motivos— “*adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo*” (V, 5).

III. LA AUTORIZACIÓN INICIAL

1. Presupuesto: la situación nacional de empleo

Como regla general, para poder ejercer cualquier actividad lucrativa en España, sea laboral o profesional (entiéndase por cuenta ajena o por cuenta propia), se establece la necesidad de autorización administrativa previa (art. 36.1). Las excepciones a la autorización de trabajo siguen prácticamente idénticas, si bien se ha introducido alguna modificación de no excesiva envergadura en el artículo 41. Según éste no necesitan autorización: los técnicos y científicos extranjeros invitados



o contratados por organismos públicos de investigación, profesores extranjeros invitados por universidades, personal directivo y profesorado de instituciones culturales y docentes de otros Estados, funcionarios de Administraciones extranjeras para tareas de colaboración, corresponsales de medios de comunicación, artistas que vengan para actuaciones concretas, dirigentes sindicales para el ejercicio de funciones de dicha índole, ministros de confesiones religiosas, menores tutelados en tareas que favorezcan su integración ...

Para la concesión inicial de la autorización de (residencia) y trabajo por cuenta ajena, habrá de ser tenida en cuenta la situación nacional de empleo (artículo

38.1, en consonancia con lo antes dicho). Qué sea ese “tener en cuenta” lo pretende especificar el artículo 38.2 de la siguiente forma:

“La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles. Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos”.

Aclaremos que la Comisión Laboral aludida es un órgano colegiado, adscrito al Ministerio competente en materia de inmigración, del que forman parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (artículo 72).

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que existen supuestos en que no habrá de ser considerada la situación nacional. Tales “exenciones” las explicita el artículo 40.1, indicando que aquélla no habrá de ser valorada cuando el contrato se dirija, entre otros, a: familiares reagrupados en edad laboral, trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos, refugiados, apátridas, extranjeros con ascendientes a su cargo de nacionalidad española, hijos o nietos de español de origen, cobertura de puestos de confianza y directivos en las condiciones que se determinen, artistas de reconocido prestigio, profesionales altamente cualificados ...

2. Procedimiento y ámbito

En cuanto al procedimiento a seguir para obtener la autorización inicial, es el empresario el que debe solicitar la cobertura de un puesto de trabajo vacante, solicitud a la que habrá de acompañar el contrato ofrecido al trabajador (artículo 38.3). En su caso, la autoridad competente concederá la autorización, cuya efectividad está condicionada a que el extranjero solicite a su vez el correspondiente visado y a que se produzca su alta en la Seguridad Social

una vez en España. El visado de residencia y trabajo habilita para la estancia por un máximo de tres meses, y para comenzar en ese plazo la actividad laboral; es en ese plazo cuando deberá producirse el alta, de suerte que si la misma no se produce, el extranjero deberá salir del territorio nacional [artículo 25 bis.2.d)].

La autorización se limita a un determinado territorio y ocupación, así como a un tiempo determinado, cuya duración se establecerá reglamentariamente (artículo 38.5). El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, como se sabe venía estableciendo una duración de la autorización inicial de un año (artículo 49.2).

En cuanto a la autoridad competente para la concesión, y conforme a uno de los objetivos señalados al principio, dispone el artículo 38.8 que “corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes estatutos”, si bien “en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia”.

Digamos finalmente que la ausencia de autorización “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación” (artículo 36.5). Se trata de una regulación obviamente dirigida a que estimar nulo el contrato no suponga, en función del conocido aforismo jurídico (lo nulo no produce efectos), una situación aún peor del extranjero carente de autorización. Si se especifica, con todo y pese a la general referencia a prestaciones, que “el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones de desempleo”.

IV. LA RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN INICIAL

Expirada la autorización inicial, la Ley prevé una serie de supuestos que suponen su renovación, y que, básicamente, coinciden en situaciones en que el trabajador se halla en activo o en búsqueda activa de empleo [el Reglamento de la Ley fue objeto de reforma en esta materia hace poco tiempo; puede verse nuestro artículo “Inmigración y Paro: el nuevo Régimen de la Renovación de Permisos de Trabajo”, Justicia Social núm. 61, páginas 18-19).

Se nos dice en el nuevo texto legal (artículo 38.6) que la renovación se producirá:

- a) Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo o se cuente con uno nuevo.
- b) Cuando se hubiese otorgado una prestación contributiva por desempleo.
- c) Cuando se fuese beneficiario de una prestación asistencial dirigida a la integración social o laboral.

Junto a estos tres casos generales, el apartado d) remite a otras circunstancias previstas reglamentariamente, “en particular los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género”.

Señalemos aquí que, para la renovación, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo [artículo 40.1.b)], así como que “a partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico u ocupación” (artículo 38.7). El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 disponía ya, con anterioridad a la última reforma, que, salvo que proceda la autorización de residencia permanente –hoy larga duración–, la renovación lo sería por un período de dos años (artículo 54).

V. SUPUESTOS ESPECIALES

Hasta aquí hemos dado unas breves pinceladas de lo que podemos llamar régimen ordinario de la Ley. No obstante existen normas específicas para algunos supuestos. Baste con citarlos aquí:

- Investigadores cuya presencia en nuestro país tenga como fin la realización de proyectos de investigación (artículo 38 bis).
- Profesionales altamente cualificados (artículo 38 ter).
- Gestión colectiva de contrataciones en origen (artículo 39).
- Actividades de temporada o campaña (artículo 42).

A todo ello hemos añadido que quienes durante cinco años, y en las condiciones que reglamentariamente se determinen, hayan tenido residencia temporal en España, tienen derecho a la ahora llamada residencia de larga duración (que sustituye a la antes denominada autorización de residencia permanente), que permite residir y trabajar indefinidamente en nuestro país en las mismas condiciones que los nacionales (artículo 31.1 y 2). ■

Eduardo Román Vaca

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

