

Claves de la última modificación del Reglamento de la Ley de extranjería en España

Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Miguel Hernández de Elche

Lerdys S. Heredia Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche

Diario La Ley, Nº 10138, Sección Doctrina, 26 de Septiembre de 2022, LA LEY

LA LEY 7856/2022

Resumen

Análisis crítico de los cambios introducidos por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ante la necesidad de responder a la realidad migratoria en España, se hace necesario adaptar la legislación a las condiciones económicas y laborales que definen a un mercado sumido en una gran crisis especialmente potenciada por las consecuencias de la pandemia del COVID-19 y por la guerra de Rusia contra Ucrania, como dos de los más potentes revulsivos de la economía mundial actual. Pero nos preguntamos si realmente esos cambios son tan positivos como se nos presentan y para ello analizamos las cuestiones claves de la nueva normativa.

I. Introducción

Tras varios años de aplicación del actual Reglamento de la Ley Orgánica Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (1) (en adelante, LOEX) el Gobierno de España ha decidido poner en marcha un proceso de reforma que partió de la elaboración y puesta en circulación de un borrador de Real Decreto que ha generado un debate muy importante entre los diferentes actores sociales ya que, a pesar de las altas expectativas generadas, la realidad ha ido por otros caminos en la medida en que esta reforma ha sido criticada desde diferentes ámbitos de la sociedad: por los colectivos que representan los derechos de los inmigrantes; por los profesionales que asesoran y gestionan los expedientes en materia de extranjería; por los sindicatos; y también por otros Ministerios, como el de Interior y el de Política Territorial (2), aunque finalmente éstos informaran favorablemente tal y como reza en los Considerandos de esta norma.

Tras la emisión del preceptivo Dictamen por parte del Consejo de Estado (3) y sin pasar por el Congreso, ya que el Gobierno tiene potestad reglamentaria para sacarlo adelante sin votación (cuestión que nos preocupa profundamente ya que el texto se ha tramitado de urgencia (4)) salió a la luz el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (5), cuya entrada en vigor se ha producido el día 16 de agosto pasado.

Para abordar los cambios introducidos por esta norma lo haremos de manera crítica, destacando las modificaciones que se han introducido y en este sentido destaca el hecho de que desde hace varios años la idea de reformar la normativa sobre extranjería ha estado presente y en la actualidad, ante la necesidad de responder a la realidad migratoria que tenemos en España, se hace necesario adaptar la legislación a las condiciones económicas y laborales que definen a un mercado sumido en una gran crisis especialmente potenciada por las consecuencias de la pandemia del COVID-19 y por la guerra de Rusia contra Ucrania, como dos de los más potentes revulsivos de la economía mundial actual.

A la vista de los Considerandos de la reforma, que a ojos del gobierno español justifican los cambios legislativos, nos preguntamos: ¿Realmente son tan positivos como se nos presentan? La respuesta no es sencilla. Para abordarla, a continuación, vamos a analizar las cuestiones claves de la nueva normativa.

II. Justificación de la reforma

El Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la LOEX se ancla —como reza en la primera parte del texto— en el marco de una política migratoria que sea eficaz «a la hora de maximizar el impacto positivo y los efectos de la movilidad humana internacional en economías interdependientes» (6).

Desde 2021 —en un contexto marcado por la recuperación económica tras la pandemia de COVID 19— se verifica la falta de capital humano en determinados sectores y ocupaciones. Prácticamente el 50% de las empresas declaran tener problemas de escasez de empleo y dificultad para la cobertura de vacantes. Así, tal y como recoge la norma, existe falta de especialistas en los sectores relacionados con las tecnologías de la información; en el análisis de datos y de componentes en la nube, así como desarrolladores de aplicaciones.

Estas carencias se vinculan a las características del sistema educativo español, donde la formación profesional dual se ha desarrollado tardíamente y los problemas también se extienden a ocupaciones técnicas específicas de nivel medio. Este espíritu crítico es positivo y da una idea que los puestos de difícil cobertura se deberían ampliar a la contratación de extranjeros para estos sectores.

Y en línea con ello, ante la falta de jóvenes para trabajar en determinados sectores de actividad con cualificaciones bajas, se prevé la ampliación de la lista de ocupaciones con una mayor presión actual de vacantes figuran teleoperadores, representantes comerciales, conductores de vehículo de reparto y desarrolladores de *software*, etc.

Otro dato importante es que el gobierno español reconoce abiertamente la pervivencia y el fomento de grandes bolsas de economía sumergida en nuestro mercado laboral. Este fenómeno se nutre de la incorporación de muchas personas de origen extranjero que, a lo largo de los años, han accedido al mercado laboral a través de la utilización de vías concebidas como *extraordinarias* (en la práctica, *ordinarias*) y que con esta modificación se aprovecha para regular desde otra perspectiva. Como veremos es en la figura del arraigo donde se ha generado un mayor debate, pues a pesar de los aciertos, también hay muchas críticas por no ajustarse del todo a la realidad migratoria actual.

A pesar de que el objetivo de la norma es hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito migratorio (a partir de corregir las limitaciones e ineficiencias que prevalecen en la regulación actual) vemos que muchos aspectos controvertidos ni siquiera se han abordado (7) ya que las principales modificaciones van vinculadas al mercado laboral así como a la adaptación de los contratos a la reforma laboral (8) recientemente aprobada y a la figura del arraigo que ha sido modificada en todas sus modalidades, inclusive trastocando el régimen de la reagrupación familiar.

El resultado global de la modificación es desafortunado pues se crean diferentes «clases» de migrantes y, en cierta medida, se prioriza al migrante que se encuentra fuera de España por encima de los cientos de miles que ya se encuentran en España, a pesar de la vocación con la que nace: impulsar un auténtico cambio de paradigma en política migratoria. En nuestro criterio, se ha puesto un parche y se ha perdido la ocasión para llevar a cabo una reforma integral del sistema en esta materia, a tono con los nuevos tiempos.

III. Principales novedades. Análisis crítico

A continuación, vamos a analizar las novedades más destacadas que introduce este texto legal en el sistema jurídico de la extranjería en España. En primer lugar, aquellas que se han introducido con el objetivo de flexibilizar la figura de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia; también la posibilidad de que los estudiantes extranjeros puedan trabajar en España una vez formados (más allá de las modificaciones introducidas en 2018 (9)).

En segundo lugar, veremos las modificaciones relativas a las diferentes modalidades de arraigo, donde destaca la nueva figura de arraigo con formación, inspirada en el modelo alemán de regulación que permite incorporar al mercado laboral a quienes hayan obtenido la cualificación que requiere la situación económica al mercado laboral en el corto plazo.

Estas figuras se han pretendido actualizar tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años; el Gobierno de España «ha aprovechado» para integrar en el Reglamento el contenido de las Instrucciones del Ministerio, como se recoge en el propio texto legal, pero que en realidad no es más que la elevación a un rango normativo mayor de las Instrucciones emitidas en su día (contrarias a la doctrina del TS) al rango normativo que representa el Real Decreto. ¿Una falacia?

En tercer lugar, destaca de manera positiva el hecho se reconozca de forma expresa el atasco en la tramitación de las solicitudes y las dificultades burocráticas que acompañan a las autorizaciones de residencia y de residencia y trabajo; además de la limitada capacidad de las Oficinas de Extranjería para dar respuesta rápida y eficaz a las demandas que la población extranjera y a las que los empleadores requieren. A la vez que se reconoce que es necesario avanzar en un nuevo modelo de trabajo con una mejor dotación de recursos humanos y materiales.

Se propone la creación de una Oficina flexible y centralizada que pueda prestar apoyo a las Oficinas locales que se encuentren en una situación crítica

Teniendo en cuenta todo ello, se propone la creación de una Oficina flexible y centralizada que pueda prestar apoyo a las Oficinas locales que se encuentren en una situación crítica. Hasta tanto esta medida no se ponga en marcha, no podremos dar cuenta de su efectividad. En cualquier caso, es fácil advertir el buen ánimo de la administración en este sentido.

En definitiva, el texto gira en torno a seis aspectos básicos: 1) la adecuación de las autorizaciones residencia y trabajo de duración determinada conforme a la reforma laboral y a los puestos que son realmente demandados por el mercado laboral en España en función de la situación nacional de empleo; 2) la gestión colectiva de la contratación en origen; 3) flexibilización de las autorizaciones de residencia y trabajo, así como su renovación; 4) las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales bajo la figura del arraigo, incluyendo la «solapada» modificación del régimen de reagrupación familiar de los familiares de españoles; 5) algunas cuestiones puntuales respecto a la reagrupación familiar; y 6) el régimen de estancia (estudiantes, investigación, formación y prácticas no laborales).

Veamos los aspectos más importantes que, a nuestro juicio, merecen un análisis más detallado y no necesariamente en el mismo orden en que aparecen en la norma, sino según la clasificación de temas relevantes que hemos hecho en este mismo párrafo.

1. Adecuación de las autorizaciones de duración determinada conforme a la reforma laboral y a los puestos que realmente demanda el mercado laboral en España, conforme a la situación nacional de empleo

La normativa actual, diseñada a principios de siglo, produce un encorsetamiento evidente para cubrir las necesidades y desajustes del mercado de trabajo actualmente. El Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, previsto expresamente en la LOEX no ha sufrido modificaciones desde el año 2012, «genera un efecto embudo para las necesidades de las empresas que, pese a requerir mano de obra en sus diferentes modalidades, encuentran que no pueden acceder a ella porque los puestos de trabajo que ofertan no se encuentran reflejados en el Catálogo» (10) .

El Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura se ha quedado obsoleto y ello se advierte fácilmente al verificar que desde el año 2012 a penas se ha modificado. Es recurrente la oferta de puestos vinculadas a las actividades navales, inclusive para aquellas provincias que carecen de puerto marítimo o fluvial; al igual que la figura de toreros o deportistas profesionales que se perpetúan en el tiempo como necesidad de contratación del mercado español, por sólo citar algunos ejemplos. Este listado obsoleto choca con la necesidad real de mano de obra en sus diferentes modalidades, pero los migrantes no pueden acceder a ella porque los puestos de trabajo que se ofertan no se encuentran reflejados en dicho Catálogo y para los empresarios se vuelve un calvario el poder contratarlos.

Por tanto, hasta ahora, las empresas interesadas en contratar a personas extranjeras más allá de los puestos listados tienen que activar procedimientos administrativos largos y complejos, con elevados costes de tramitación y que se dilatan en el tiempo. Esta situación desincentiva la llegada de trabajadores por vías regulares (como se reconoce en la normativa) y terminan en algunos casos impulsando el florecimiento de la economía sumergida que, a fin de cuentas, es lo que pretende erradicar el Gobierno con esta modificación.

A tal efecto el artículo 65 adquiere una nueva redacción por la cual determinar la situación nacional de empleo se tendrá en cuenta la información suministrada por los servicios públicos de empleo autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. Así, tendremos un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Administración autonómica, así como para Ceuta y Melilla. En las provincias insulares, el Catálogo podrá establecerse para cada isla o agrupación de ellas.

Vemos como muy positivo que el Catálogo se base en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios Públicos de Empleo. Y que también se tengan en cuenta las estadísticas elaboradas por las administraciones públicas y, especialmente, la relativa a personas inscritas como demandantes de empleo en los Servicios públicos de empleo. Ello dará lugar a la oferta de puestos más cercana a la realidad del mercado laboral de cada territorio de España.

2. Gestión colectiva de la contratación en origen

Este aspecto tan relevante desde el punto de vista práctico implica la modificación del artículo 167 y siguientes del Reglamento de la LOEX, que permitirá la contratación programada de trabajadores que no se encuentren en España para ocupar empleos estables y que serán seleccionados en sus países de origen, a partir de las ofertas presentadas por los empresarios.

Un cambio muy relevante es que, con la nueva formulación, las autorizaciones de trabajo previstas en la contratación colectiva en origen para la migración circular pasan a tener una duración de cuatro años y habilitarán a trabajar por un período máximo de nueve meses en un año en un único sector laboral. Ahora bien, la vigencia de estas autorizaciones estará supeditada al compromiso de retorno del trabajador al país de origen y al mantenimiento de las condiciones que justificaron la concesión de la autorización y dichas autorizaciones se concederán para un único empleador.

Cuando se trate de autorizaciones de trabajo para la migración circular podrán prorrogarse tras la finalización de su vigencia, por iguales períodos.

Los trabajadores que acrediten haber cumplido con el compromiso de retorno durante la vigencia de la autorización de trabajo podrán solicitar, en el período de seis meses desde la finalización de esta autorización, una autorización de residencia y trabajo que tendrá una duración de dos años, prorrogables por otros dos, que autorizará a trabajar tanto por cuenta ajena como por cuenta propia.

Consideramos como positivo dicho cambio, sin embargo, se vuelve a dar un papel relevante a los visados de búsqueda de empleo que, como ya vimos en el pasado, no han tenido el efecto práctico deseado. A pesar de estar previsto para que los descendientes de españoles de origen puedan entrar a España a buscar trabajo, la realidad ha ido por otros derroteros: la falta de coherencia entre las Órdenes Ministeriales que lo regulan y la política de expedición de visados de tipo restrictiva fomentada por el Ministerio de Asuntos Exteriores ha convertido el procedimiento en un mecanismo «atascado» en los Consulados españoles situados en los países de alta presión migratoria (por ejemplo, Cuba, R. Dominicana, Marruecos, entre otros) y en la práctica las estadísticas no se acercan a los 5 mil anuales que se previeron en 2020 (11) , por citar un ejemplo.

En este punto es muy necesario que se articule una política coherente entre los Ministerios involucrados en dicho procedimiento, a fin de que sea una vía factible para que los descendientes de españoles puedan acceder, desde sus países de origen, al mercado laboral español.

3. Flexibilización de las autorizaciones de residencia y trabajo, así como su renovación

En este punto son muy relevantes las modificaciones a los efectos de facilitar el acceso al mercado laboral y también las condiciones para la renovación de las autorizaciones, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia; así como la eliminación del Capítulo IV (artículos 97 a 102) de esta parte de la norma y el plazo por el cual se conceden las renovaciones, que queda ampliado considerablemente.

A) Autorizaciones de trabajo por cuenta ajena

La nueva redacción del artículo 71, relativo a las condiciones de renovación de este tipo de autorizaciones, denota el interés del Gobierno español por facilitar este trámite, eliminando una de las barreras fundamentales que anteriormente se encontraba el extranjero, esto es el tiempo de cotización a la Seguridad Social.

Con la modificación introducida, destacamos que la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración en los siguientes supuestos:

a) *Cuando se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende.*

b) *Cuando el trabajador haya tenido un período de actividad laboral de al menos tres meses por año, y el trabajador se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias:*

1.º *Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.*

2.º *Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de renovación.*

3.º *Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, y que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.*

Vemos que el resto de requisitos vinculados al artículo 38.6 de la LOEX se mantienen en las mismas condiciones, pero si comparamos la actual redacción es fácil advertir que se flexibilizan los requisitos legales para renovar, de forma que ahora se renovará, en todo caso cuando:

- Se continua con la relación laboral (supuesto general)
- Se puedan acreditar 3 meses cotizados por año y además se cumple alguno de estos requisitos
 - Se disponga de un nuevo contrato y se esté de alta en la Seguridad Social.
 - Se disponga de una oferta de trabajo condicionada a la vigencia de la renovación.
 - Que el trabajador haya sido despedido y sea demandante de empleo.
 - Que el trabajador cobre una prestación de desempleo
 - Que el trabajador cobre una prestación asistencial
 - Que el contrato haya finalizado porque la trabajadora sea víctima de violencia de genero

En cuanto al plazo de vigencia de la autorización tras la renovación pasa a ser de 4 años, lo que es un cambio muy bien recibido puesto que una vez se consiga la primera renovación de la primera autorización ya prácticamente el extranjero tendría garantizada al menos en términos temporales el acceso a la larga duración.

Respecto a la supresión de los artículos 97 a 102, relativos a las autorizaciones de duración terminada, se produce con efectos a julio de 2023 y ello va de acuerdo con la reforma laboral experimentada recientemente por nuestro sistema legal (12) .

B) Autorizaciones de trabajo por cuenta propia

La normativa reglamentaria en materia de trabajo por cuenta propia a desarrollar por personas extranjeras no ha facilitado las actividades de emprendimiento por parte de éstas; especialmente con carácter inicial (13) .

A las trabas documentales que se han presentado se añade que con la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores (14) , se asoció este hecho a las grandes inversiones, por lo que al emprendedor individual se le ha venido limitando a la inversión mínima de acuerdo con las características de su proyecto laboral, de tal forma que en la práctica estas autorizaciones tienen poco éxito y se presentan de manera muy escasa.

A fin de favorecer esta figura, se ha optado por eliminar exigencias de tipo documental, como la presentación de proyectos de actividad a realizar y se exige la acreditación de suficiencia de la inversión prevista para la implantación del proyecto y sobre la incidencia, en su caso, en la creación de empleo, incluyendo como tal el auto empleo. Así, con respecto a los recursos económicos para el sostenimiento del solicitante se entiende que si cuenta con éstos para el inicio de la actividad también los tendrá para su auto sostenimiento.

En consonancia con las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena, las renovaciones también serán por períodos de 4 años, lo que convierte en muy favorable la modificación en este aspecto. Al fin, la Administración española ha entendido y atendido al reclamo que durante años hemos hecho desde la práctica jurídica, desde la Academia y desde los colectivos que representan los intereses de los migrantes en España.

Por último, conviene destacar en este punto que se ha añadido una nueva causa de extinción de las autorizaciones temporales de residencia: apartado f del artículo 127 «f) Cuando el extranjero haya sido condenado mediante sentencia firme por la comisión de alguna de las conductas previstas en los artículos 177 bis y 318 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal». Ello da lugar a tener en cuenta la comisión de delitos relativos a la trata de seres humanos o vinculados con el favorecimiento de la inmigración irregular.

4. Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales: modificaciones a la figura del arraigo

De todas las modificaciones realizadas a la normativa, las que analizamos en este apartado son las que más polémica han generado y respecto de las cuales se han generado una gran expectativa ya que su aplicación recaer en las personas que se encuentran en situación irregular que desean trabajar y que se ven obligadas a acudir a las denominadas autorizaciones de residencia por circunstancia excepcionales, y, más en concreto, a los denominados arraigos (laboral, social o familiar) que en la práctica son fórmulas ordinarias más que excepcionales en su utilización.

En este ámbito vemos que, además, se crea una nueva figura en torno a la formación que es el arraigo para la formación y, a su vez, el legislador «aprovecha» para desfigurar la reagrupación familiar de los familiares de ciudadanos españoles que no pueden acogerse al régimen comunitario para incorporarlos al régimen general. En definitiva, se crea un nuevo artículo 124 de un contenido extremadamente amplio y con varias lagunas y contradicciones.

A continuación, se analizan cada una de estas figuras por separado.

A) Modificaciones con respecto al arraigo laboral

La normativa exigía anteriormente que, en el caso del arraigo laboral, el extranjero hubiera permanecido en España durante dos años y trabajado de manera regular o irregular durante un período acreditado de seis meses.

Si bien esta figura se pensó para migrantes en situación irregular que trabajaran en la economía informal, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que este instrumento puede ser utilizado también por personas que hayan trabajado de manera regular, es decir, dadas de alta, y que se encuentren en situación irregular en el momento de la solicitud, como sucede con los solicitantes de protección internacional mientras se resuelve su solicitud (15).

A estos fallos se llegó tras varios litigios derivados de denegaciones que en el año 2021 dieron lugar a la unificación de la doctrina, las cuales junto a otras tantas de diferentes instancias de la geografía judicial española dieron un varapalo a la Instrucción de la Secretaría General de Migraciones (Instrucción SEM 1/2021 (16)) con una dudosa legalidad que trajo como resultado una sucesiva serie de denegaciones de solicitudes.

En esta oportunidad lo que ha sucedido es bien claro: el contenido de la Instrucción (criticado por el Tribunal Supremo) ha sido acogido en el texto normativo y la figura del arraigo laboral queda condicionada a los siguientes requisitos:

- Los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años,
- Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años,
- Demostrar la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren **en situación de irregularidad** en el momento de la solicitud.

Para acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia.

Se acreditará la realización en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga: 1) en el caso de actividad por cuenta ajena, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el período de 6 meses o de 15 horas semanales en un período de 12 meses, y 2) en el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, 6 meses.

Como puede observarse, la solicitud sólo podrá presentarse si el solicitante está en situación de irregularidad y deja de estar sometido a los medios de prueba clásicos de una resolución judicial o de un acta de inspección de trabajo; sino que, por el contrario, se admite que se demuestren las relaciones laborales por *cualquier medio de prueba* lo que sin duda va a ser un problema en el ámbito de las Oficinas de Extranjería por la gran disparidad en las actuaciones (17).

También se admite demostrar relaciones por cuenta propia, si bien ello va a resultar de escasa aplicación porque es difícil demostrar el ejercicio de un trabajo por cuenta propia en situaciones de estancia irregular que es la situación de partida del solicitante.

En la práctica, la mención a la estancia irregular podría ser un impedimento para los solicitantes de asilo y/o protección internacional como se ha señalado.

Se ha perdido una magnífica oportunidad para regular esta figura que permita proteger los derechos laborales de los extranjeros que han ejercido actividades laborales en España durante su estancia en nuestro país

Se ha perdido una magnífica oportunidad para regular esta figura con una reforma de calado que permita proteger los derechos laborales de los extranjeros que han ejercido actividades laborales en España durante su estancia en nuestro país. Máxime si vinculamos este artículo con la nueva redacción del artículo 127 que, bajo la autorización por colaboración con la Administración, los extranjeros que prueben una relación laboral de 6 meses en Inspección de Trabajo pueden regularizar su situación. Ello nos parece una redundancia ya que ese extranjero podrá acceder a un arraigo laboral con un Acta de Inspección, aunque quizás permite acceder a aquellos extranjeros sin esperar a tener el Acta de ITSS.

B) Modificaciones relativas al arraigo social

En el caso del arraigo social, las modificaciones no han sido especialmente significativas, dado que es una figura de gran calado y que en la práctica ha servido para regularizar manera ordinaria a los extranjeros en situación irregular.

La norma exigía que la persona extranjera acredite un período de permanencia en España durante tres años y tenga vínculos familiares o aporte un informe que acredite su inserción en la sociedad española, pero también aportar un contrato con una duración mínima de un año. En este punto el legislador ha dejado de condicionar la duración del contrato a su vigencia para vincularlo a las horas de trabajo (30 horas mínimo) y se vincula con el SMI, y para los casos de tener menores a cargo se admitirán contratos de 20 horas.

Vemos como muy positivo que se flexibilice esta figura y que, para los casos en los que se exima del contrato de trabajo se acrediten medios económicos equivalentes al 100% del Ingreso Mínimo Vital y no así al IPREM como había sido hasta ahora.

C) La creación de una nueva figura de arraigo: el arraigo para la formación

Siguiendo el modelo imperante en Alemania por el cual las personas que se encuentren en España en situación irregular y asuman un compromiso efectivo de formación puedan obtener una autorización de residencia una vez acreditada la formación, se introduce esta nueva figura dentro de las modalidades del arraigo recogidas en el artículo 124.

Esto tendrá una doble consecuencia: por un lado, se podrá contratar personal con la formación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que ofertan las empresas adecuados a sus necesidades de contratación y, por otro lado, se procederá a incorporar al mercado laboral a personas que se encuentran trabajando de forma irregular o en condiciones de precariedad.

Para llevar a cabo el procedimiento para esta modalidad ya se ha implementado la correspondiente Hoja Informativa (18) que guía a los interesados en el proceso. Con unos días de puesta en marcha de este sistema ya verificamos diferencias en la práctica: Oficinas de Extranjeros de algunas localidades

exigen —junto al compromiso de realización de la formación— la acreditación de los datos específicos de la formación a recibir y justificación de la pre inscripción en la misma.

Al igual que sucede con el arraigo laboral, el extranjero ha de acreditar una estancia mínima de 2 años en España y comprometerse a realizar una formación de acuerdo con las siguientes exigencias:

- reglada para el empleo o a obtener un certificado de profesionalidad, o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promovida por los Servicios Públicos de Empleo: o
- en el ámbito de la formación permanente de las universidades;
- comprometerse a la realización de cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales;
- así como de otras enseñanzas propias de formación permanente.

La matriculación deberá haberse realizado en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia y en caso de no hacerse se puede proceder a extinguir la autorización.

En cuanto a su renovación será por una única vez, por un plazo máximo de 12 meses y una vez superada la formación, el interesado obtendrá una autorización de residencia y trabajo por 2 años, aportando un contrato de trabajo vinculado al SMI.

D) El arraigo familiar

Esta figura se amplía considerablemente pues como hemos apuntado antes, el legislador se trae a este supuesto a los familiares de los ciudadanos españoles que han quedado fuera del régimen comunitario (19) .

Con la nueva redacción se trata de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que se podrá conceder en los siguientes tres supuestos:

- a. Cuando se trate de padre o madre, o tutor de un menor de nacionalidad española, o se trate de persona que presta apoyo a una persona española con discapacidad.
- b. Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, ascendiente mayor de 65 años o menor de 65 años a cargo, descendiente menor de 21 años o mayor de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho.
- c. Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Vemos importantes novedades en esta figura: por un lado, se atiende a la nueva configuración del sistema legal de protección a las personas con discapacidad en España, de tal forma que se recoge expresamente la posibilidad de que una persona extranjera que presta apoyos a una persona española con discapacidad pueda acceder por esta vía a obtener una residencia legal en España.

Por otro lado, se ha de acreditar el tener a cargo a la persona española con discapacidad, o que requiera medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y convivir con ella; por otro lado, se trae del régimen comunitario a aquellos miembros de la unidad familiar de un nacional español que no han podido acogerse al mismo, lo que en la práctica sucede generalmente por la falta de los medios económicos necesarios que se exigen.

Se establecen diferencias expresas con respecto a la duración de la autorización de residencia que se expide

Por último, se establecen diferencias expresas con respecto a la duración de la autorización de residencia que se expide: para los dos primeros supuestos de obtiene por 5 años y en el caso de los descendientes, sólo por un año.

Sobre este segundo supuesto que se añade al artículo 124 en relación con el arraigo familiar, vemos que en la práctica es un proceso de reagrupación familiar a la inversa, esto es, el reagrupante pierde

técnicamente tal posición, aunque es el elemento clave de la unidad familiar a efectos de consolidar esta figura ya que, en todo caso, ha de acreditarse el vínculo.

Como puede observarse del literal de la norma, al igual de que del contenido de la Hoja Indicativa al respecto (20) , cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, ascendiente mayor de 65 años o menor de 65 años a cargo, descendiente menor de 21 años o mayor de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho, se ha de aportar:

- o Documentación acreditativa de la existencia del vínculo familiar con el ciudadano español, o de la existencia de una pareja registrada, en su caso, de encontrarse a cargo del ciudadano español.
- o DNI del ciudadano español.

A falta de verificar lo que va pueda generarse en la práctica, la redacción es como mínimo confusa ya que la normativa del régimen comunitario no sólo se aplica a cónyuges y parejas de hecho registradas del nacional español, sino también a aquellas personas con las que tiene una relación *de pareja de hecho no inscrita* con la que mantenga una relación estable debidamente probada al acreditar la existencia de un vínculo duradero. De facto, han quedado fuera del régimen previsto bajo el arraigo familiar y estamos seguros que la interpretación de este nuevo supuesto dará lugar a una controvertida jurisprudencia.

5. Cuestiones puntuales respecto a la reagrupación familiar

Una de las grandes dificultades que hasta ahora se han venido presentando en los procedimientos de reagrupación familiar radica en los medios económicos a aportar por el reagrupante y es aquí donde se centran las modificaciones respecto a este trámite ya que se flexibilizan los requisitos económicos de la reagrupación familiar en el caso de menores y personas vulnerables.

Si bien se mantiene la referencia al IPREM, queda combinado con el SMI cuando la exigencia de dicha cuantía podrá ser minorada en los supuestos donde concurren circunstancias acreditadas que aconsejen dicha minoración de acuerdo con el principio del interés superior del menor, según lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en atención a las circunstancias del caso concreto, valorando la edad, desarrollo físico y emocional del familiar reagrupado, la relación con su reagrupante, y el número de miembros de la unidad familiar, haciendo una interpretación favorable a la vida familiar, y además se reúnan los restantes requisitos legales y reglamentarios para la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar.

También podrá ser minorada la cuantía en relación con la reagrupación de otros familiares por razones humanitarias apreciadas en relación con supuestos individualizados previo informe de la Dirección General de Migraciones.

Así las exigencias de ingresos pasan a ser, por este orden

- el 150% del IPREM y el 50% adicional por cada miembro adicional
- si no se cumple lo anterior, que equivalgan al SMI vigente
- si no se cumple lo anterior, que equivalgan al 110 % de la RMG y un 10% adicional por cada familiar con el tope del 150 %

Con respecto a la residencia independiente de los familiares reagrupados prevista en el artículo 59, vuelve a tener protagonismo el SMI relativo al contrato que se presente para justificar los medios económicos del familiar reagrupado, quedando suprimida la mención a la duración de un año del contrato.

6. Modificaciones relativas a las situaciones de estancia (estudiantes extranjeros, investigación, formación y prácticas no laborales)

Las novedades en este ámbito facilitan que extranjeros con autorización de estancia por estudios, formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado puedan desempeñar actividades laborales compatibles con la actividad que justificó la autorización de estancia, durante el tiempo de vigencia de la autorización de la misma con una duración de hasta treinta horas semanales.

Tal y como se reconoce en los Considerando de la norma, la transposición de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, se llevó a cabo en España de una manera rígida (21) .

Elo ha dado lugar a que los estudiantes extranjeros no tuvieran grandes dificultades para trabajar, puesto que el salario a percibir no podía servir para su sostenimiento económico y dicha autorización no podía exceder de tres meses si se trataba de jornada a tiempo completo o actividad por cuenta propia a tiempo completo (22) .

A la vista de tales exigencias se ha entendido (finalmente) que el mercado laboral ha estado perdiendo la oportunidad de incorporar a personas con un cierto nivel de cualificación y en este sentido, de acuerdo con la Directiva citada, se ha flexibilizado el acceso de los estudiantes al mercado de trabajo fijando un número máximo de 30 horas semanales como actividad laboral y permitiendo que el rendimiento económico que pueda obtenerse de la actividad laboral sí pueda formar parte del sostenimiento del estudiante para el periodo de vigencia de la autorización de estancia.

Ahora bien, con la nueva redacción del Artículo 42, relativo al «*Trabajo de titulares de una autorización de estancia*», vemos que sigue siendo el empleador el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización de trabajo. Y destaca el hecho de que no será preciso solicitar autorización para aquellas prácticas no laborales en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó la autorización de estancia y que se produzcan en el marco de los correspondientes convenios de colaboración entre dichas entidades y el centro docente o científico de que se trate.

La autorización de estancia por estudios obtenida autorizará a trabajar por cuenta propia y ajena, siempre que esta actividad laboral sea compatible con la realización de los estudios, y se trate de estudios superiores, de una formación reglada para el empleo o destinada a la obtención de un certificado de profesionalidad, o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica.

Es importante destacar que esta autorización no tendrá limitaciones geográficas, salvo que la actividad lucrativa coincida con períodos en que se realicen los estudios, la investigación, las prácticas no laborales, o el servicio de voluntariado. Y no tendrá tampoco limitaciones geográficas la autorización cuando, pese a su coincidencia con el período de realización de la actividad principal, se acredite que la forma de organización de la actividad laboral permitirá su compatibilidad con la consecución de aquella por no requerir desplazamientos continuos.

La vigencia de la autorización para trabajar coincidirá con la duración de la autorización de estancia y, en consecuencia, la pérdida de vigencia de la autorización de estancia será causa de extinción de la autorización para trabajar. De este modo, las autorizaciones para trabajar se prorrogarán si subsisten las circunstancias que motivaron la concesión anterior, siempre y cuando se haya obtenido la prórroga de la autorización de estancia

En definitiva, podemos afirmar que las novedades para estudiantes y demás figuras bajo el régimen de estancia son relevantes: ahora el titular de una autorización de estancia por estudios en España podrá trabajar sin necesidad de modificar su autorización y desde el principio en contratos de trabajo de hasta 30 horas. En la práctica dicha modificación hace que, de hecho, la autorización de estancia por estudios superiores lleve aparejada la autorización de trabajo.

Vistas las principales modificaciones y su posible alcance práctico, es necesario señalar que las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto y del Reglamento que por él se aprueba se tramitarán y resolverán conforme a la normativa vigente en la fecha de su presentación, salvo que la normativa vigente en el momento de presentación sea menos favorable para el interesado, o el interesado solicite la aplicación de lo dispuesto en este real decreto, y siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para cada tipo de solicitud.

IV. Conclusiones

Primera: Tras analizar las modificaciones que introduce el Real Decreto analizado vemos que tienen un claro objetivo: incorporar de manera legal a miles de extranjeros al mercado laboral español y tendrán gran incidencia en la práctica pues buscan eliminar la rigidez actual en la normativa de extranjería vinculada al ámbito laboral y adecuar el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por la reforma laboral del 2021.

Segunda: Además de actualizar algunos elementos claves de figuras previstas en el Reglamento de Extranjería, tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años, se integra el contenido de instrucciones de la SEM para limitar el ejercicio de los derechos laborales como sucede con la figura del arraigo laboral.

Tercera: La reforma tiene como prioridad ampliar y mejorar la contratación de extranjeros en origen, especialmente la contratación colectiva, limitada hasta ahora a temporeros. A partir de ahora, se ofrecerá a estos trabajadores una autorización de trabajo de cuatro años que les permitirá emplearse nueve meses por cada ejercicio.

Cuarta: Cambia también el modelo de contratación de profesionales desde sus países de origen vinculados a un Catálogo de Ocupaciones de difícil cobertura que ha responder a la realidad. laboral del mercado español.

Quinta: Se facilita la expedición de autorizaciones de trabajo tanto por cuenta ajena como por cuenta propia y la capacidad de los estudiantes extranjeros para trabajar.

Sexta: Se crea una nueva modalidad de arraigo, vinculado a la formación, mediante la cual se podrá regularizar la situación de quienes se encuentran en España y se comprometan a recibir una formación que les habilite para acceder posteriormente al mercado de trabajo.

Séptima: Se crea un nuevo supuesto de arraigo familiar para determinados familiares de los ciudadanos españoles que quedan fuera del régimen comunitario, que es su espacio natural.

Octava: Esta reforma deja muchas dudas como hemos visto antes (en el nuevo supuesto de arraigo familiar, por ejemplo); como también limita las opciones dadas por la jurisprudencia en el arraigo laboral y tampoco entra en cuestiones que merecen la atención del legislador en sede de reagrupación familiar como es el hecho de perpetuar la diferencia de trato entre los menores extranjeros hijos de extranjeros residentes legales según si han nacido en España o en el extranjero, creando diferentes clases de inmigrantes, inclusive, en el seno de la misma unidad familiar. Se ha perdido la ocasión para hacer una reforma de gran calado que lleve de la mano la LOEX y el Reglamento.

- (1) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000 (Texto consolidado).
- (2) Tal y como se ha venido publicando por los medios. Por todos *Vid.* <https://elpais.com/>. Consultado el 19/07/2022
- (3) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-1175>, consultado el 13/08/2022.
- (4) No obstante, sí se abrió posteriormente un trámite de Audiencia Pública y apenas se recibieron 28 aportaciones: 9 de ciudadanos individuales, 3 de abogados y 16 de personas jurídicas (asociaciones, fundaciones y ONG que actúan con el colectivo migrante (Datos disponibles en [https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/gilygil_noticias_cielo_especial_reforma_2022.pdf](https://rbdnoticias.com/2022/07/19/escriva-saca-adelante-la-reforma-para-incorporar-a-miles-de-extranjeros-al-mercado-laboral/#:~:text=El%20Consejo%20de%20Estado%20reconoce%20el%20aumento%20de,tiene%20potestad%20reglamentaria%20para%20sacar%20adelante%20sin%20votaci%C3%B3n,consultado el 19/07/2022))(5) BOE núm. 197, de 26 de julio de 2022(6) <i>Vid.</i> Considerandos del Real Decreto.(7) Como es el caso de los menores hijos de extranjeros residentes legales que perpetua la diferencia de trato entre los nacidos y los no nacidos en España. Esta diferencia legal crea diferencia de trato en una misma unidad familiar al encontrar hijos (hermanos) de los mismos padres que por el hecho de haber nacido dentro o fuera de España no pueden disfrutar en igualdad de los derechos regulados por los convenios internacionales de los que España es parte.(8) Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30/12/2021.(9) Sobre este régimen <i>Vid.</i> el análisis realizado en ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, HEREDIA SANCHEZ, Lerdys, COBAS COBIELLA, María E. <i>et al</i>, <i>Práctica de la gestión de la diversidad cultural en las aulas universitarias. Con especial referencia a las cuestiones legales prácticas aplicables a estudiantes e investigadores extranjeros</i>, Aranzadi, Navarra, 2019.(10) Considerando II del Real Decreto.(11) Orden TSM/1277/2019, por la que se regula la contratación en origen y el visado de búsqueda de empleo para hijos o nietos de español de origen para el año 2020. En este año 2022 ni siquiera se han incluido, al respecto <i>Vid.</i> Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2022, BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.(12) Encontramos diferentes estudios que analizan en profundidad esta cuestión, <i>Vid.</i> por todos, AA. VV, <i>La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico</i>, Laborum, Murcia, 2022; SEMPERE NAVARRO, A. «La reforma laboral de 2021 y los Convenios Colectivos», <i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i>, N.º, 251, 2022, pp. 49-80; GIL Y GIL, J. L. «Alcance de la reforma laboral de 2021», <i>Noticias CIELO</i>, N.º Extra, 2022, disponible en <a href=), consultado el 22/08/2022.
- (13) Con carácter muy crítico respecto al sistema vigente *Vid.* el análisis realizado en HEREDIA SÁNCHEZ, L, «Peculiaridades del trabajo autónomo desarrollado por extranjeros en España. Críticas al sistema vigente», *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, N.º 25, 2019, pp. 67-78, también HEREDIA SANCHEZ, L. »El acceso al mercado español de los empresarios autónomos extranjeros», *Revista Lex Mercatoria*, Vol 15, 2020, disponible en <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria/article/view/929>, consultado el 29/08/2022.
- (14) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.
- (15) STS 452/2021 de 25 de marzo de 2021 ECLI: ES:TS: 2021:1184; STS 643/2021 de 6 de mayo de 2021. ECLI:ES:TS: 2021:1802.
- (16) Disponible en http://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgje/documentos/2021/Instruccion_arraigo_laboral.pdf, consultado el 30/08/2022.
- (17) Téngase en cuenta que al cierre de esta publicación no figura ninguna Instrucción al respecto, 5 de septiembre de 2022.
- (18) Disponible en <http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanoscomunitarios/hoja111/index.html>, consultado el 01/09/2022.
- (19) Establecido por el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm. 58 de 21 de febrero de 2007 (Texto consolidado)
- (20) Disponible en <http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanoscomunitarios/hoja037/index.html>, consultado el 01/09/2022.
- (21) Sobre ello *Vid.* ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir) y HEREDIA SÁNCHEZ, L (Coord.) *et al*, *Manual práctico orientativo en materia de extranjería*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 135-155.
- (22) *Vid.* ORTEGA GIMÉNEZ, A (Dir), HEREDIA SANCHEZ, L y LORENTE MARTINEZ, I. *Práctica del Derecho de la Nacionalidad y de la Extranjería en España*, Sepin, Madrid, 2021, pp. 199-212.

