

Aproximación al contenido de interés laboral del Proyecto de Reglamento de Extranjería. La residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena.

**Por Eduardo Rojo
Catedrático de Derecho del Trabajo UAB**

1. El pasado martes, 8 de febrero, recibí el ["Borrador del reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley orgánica 2/2009"](#), que tanto mi buena amiga, y excelente letrada experta en extranjería, M^a Helena Bedoya, como mi buen amigo, y compañero de fatigas académicas, el profesor Ferran Camas Roda, director de la prestigiosa [Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona](#), me enviaron por correo electrónico, muy poco después de la [presentación oficial](#) efectuada por la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Sra. Anna Terrón. En la [nota de prensa oficial](#) se expone que los principios que guían la reforma del actual reglamento son "la consolidación de un modelo basado en la regularidad y la vinculación al mercado de trabajo; la integración y la igualdad de derechos y deberes; y el fortalecimiento de la colaboración con las administraciones locales y autonómicas, proporcionando mayor rigor, transparencia y objetividad en los procedimientos con el objetivo de fortalecer la cohesión social".

Al día siguiente también recibí el texto de queridos compañeros que prestan sus servicios en la Generalitat de Cataluña y en el MTIN. Fue una lástima que no pudiera tenerlo con anterioridad, ya que el mismo día de su presentación impartí una sesión sobre inmigración en [el Máster oficial sobre codesarrollo que organiza la Universidad de Valencia](#).

Inicié la lectura de las ¡250 páginas! del texto el miércoles por la mañana, combinándola lógicamente con las actividades académicas ordinarias y la obligada atención y seguimiento de las nuevas reformas laborales en materia de empleo, y la finalicé el viernes. Me maravillan, por decirlo de forma educada, todos aquellos que son capaces de hablar "ex cátedra" de un texto tan denso y complejo como el que he leído, y quiero presumir que se lo han leído en su integridad y que, quizás, hayan podido disponer del mismo antes de su presentación oficial, pero como no dispongo de ninguna prueba de ello es una simple manifestación – intuición sin mayor relevancia. En cuanto a los "tertulianos" de los distintos medios de comunicación, omito mis comentarios porque, salvo honrosas y afortunadas excepciones, el acercamiento al texto y los comentarios que han efectuado del borrador han sido de muy poco interés. Porque, se trata de un texto muy denso y en donde se demuestra el interés de sus redactores por regular de forma exhaustiva todas y cada una de las situaciones jurídicas que pueden darse en la problemática de los ciudadanos de países que no son de la Unión Europea (ciudadanos no UE), tanto si se hallan y residen en España como si se encuentran en sus países de origen o en terceros Estados.

Por consiguiente, y al margen de los comentarios más o menos críticos que pueda hacer en algún momento de mi entrada, vaya por delante la felicitación al equipo jurídico que ha elaborado el texto, con la petición que les añado ahora de que tomen en consideración, o más exactamente la petición se dirige a los responsables políticos, algunas de las fundadas observaciones que a buen seguro se les harán llegar durante el trámite de audiencia desde las Comunidades Autónomas, Administraciones Locales y

distintas organizaciones sociales. "Nunca es tarde si la dicha es buena", reza el refrán castellano, y esperemos que sea aplicable al texto final del Reglamento, que será aprobado muchos meses después de la fecha (13 de junio) que hubiera debido serlo según lo dispuesto en la [LO 2/2009](#)

Cada uno sabe de lo que sabe (¡vaya perogrullada!) y por ello debe hablar de aquello sobre lo que quizás pueda realizar alguna aportación positiva. Mi propósito en esta entrada del blog es examinar, forzosamente de forma esquemática, los aspectos más importantes de contenido laboral del [futuro Reglamento](#), con atención especial a los cambios que se proponen introducir con respecto al texto anteriormente vigente, el [Real Decreto-Ley 2393/2004 de 30 de diciembre](#), de momento en el tipo de autorización "de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena", con el deseo de efectuar ulteriores comentarios sobre otras autorizaciones de residencia y trabajo previstas en la futura norma, y también sobre otros preceptos de la futura norma que pueden incidir sobre las relaciones laborales (el ejemplo del arraigo laboral es paradigmático al respecto). Y digo esquemática porque gran parte del futuro RD tiene precisamente contenido laboral, algo que es plenamente coherente con la estrecha vinculación entre inmigración y mercado de trabajo en la realidad económica, social y jurídica, española. Para completar mi exposición remito a los lectores y lectoras del blog a los amplios [comentarios](#) que efectué de la LO 2/2009 de 11 de diciembre desde sus inicios como proyecto de ley y hasta llegar a su aprobación, así como también a los [comentarios de los primeros borradores del Reglamento](#) que se elaboraron hace ya un año durante la última etapa de la Sra. Consuelo Rumí al frente de la SGIE.

2. Centro mi atención, como acabo de indicar, en el importante título IV, que regula la residencia temporal y en el que se recogen la mayor parte de situaciones jurídicas en las que puede encontrarse un ciudadano de países no UE que desea trabajar en España., y en concreto en el capítulo III que regula la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Mientras estaba redactando este texto he tenido conocimiento de la publicación en la página web de Intermigra de [los textos comparados de la normativa vigente y del borrador de Reglamento a cargo de las abogadas valencianas Laura García, Yolanda Minquet y Arantxa Soler](#). Les felicito por la iniciativa y remito a los lectores y lectoras del blog a dicho texto para poder efectuar un seguimiento de mis comentarios con mayor detalle.

En este capítulo y en todos los que afectan a la situación laboral de los extranjeros hay una manifestación jurídica clara e indubitada que debe ponerse de manifiesto ya desde el inicio del comentario, por su importancia, y que encuentra su razón de ser en la [LO 2/2009](#): toda autorización de trabajo queda condicionada en su eficacia (se conceda por la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas que ya hayan asumido – Cataluña - o asuman más adelante competencias en la materia) a que la persona trabajadora sea dada de alta en la Seguridad Social, con referencia general a un plazo de 3 meses desde su entrada legal en España, si bien para algunos procedimientos este plazo se reduce a 1 mes.

También con carácter general cabe decir que las referencias de la norma al ámbito territorial de la prestación inicial de la actividad laboral son a la provincia (aún cuando en alguna ocasión también se hace referencia a un "ámbito geográfico" sin mayor concreción), y sería bueno tomar en consideración que ese ámbito territorial puede ser diferente según la estructura territorial de la que se haya dotado alguna autonomía (el caso de Cataluña, nuevamente, es paradigmático).

A) El artículo 63 recoge los requisitos requeridos para que pueda concederse esta autorización inicial de residencia temporal y trabajo. En relación con el [RD 2393/2004](#) cabe hacer dos consideraciones:

a) La primera, resultado de la aplicación de la [LO 2/2009](#), es la referencia a la presentación por el futuro empleador de un contrato de trabajo, y no de una oferta, contrato que deberá estar firmado por ambas partes en el momento de la presentación pero cuya eficacia en cuanto a la entrada en vigor (y aquí habrá por consiguiente que introducir una cláusula que lo disponga expresamente), es decir, la fecha de su comienzo, quedará obligatoriamente condicionada "al momento de la eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena", es decir al momento del alta del trabajador en la Seguridad Social. Esta regulación es sumamente importante, ya que condiciona tanto la eficacia de la autorización concedida como el momento en que el trabajador podrá empezar a trabajar, que no es otro según dispone el artículo 70 que a partir de aquel en que se produzca la afiliación y alta en la Seguridad Social, por lo que bien pudiera ocurrir que el trabajador se encontrara legalmente en España pero no pudiera trabajar por causas no imputables a su voluntad, al menos durante este período máximo de 3 meses que el futuro RD otorga a la parte empresarial para que formalice la regularidad del trabajador en el ámbito de la protección social.

b) La segunda es una novedad de mayor calado; cuando la contratación sea a tiempo parcial la retribución deberá ser igual o superior al Salario Mínimo Interprofesional "para jornada completa y en cómputo anual", modificación que requerirá ciertamente de explicación por los redactores del texto y que supongo que puede guardar relación con el objetivo de evitar situaciones de desprotección económica, de cotizar a la Seguridad Social de tal manera que se pueda después solicitar la renovación de la autorización, o bien de prácticas fraudulentas consistentes en formalizar un CTP pero en la práctica trabajar muchas más horas como si fuera un contrato a jornada completa; en cualquier caso, repito, parece difícil encajar esta norma con la regulación del [SMI](#), cuya cuantía se fija para una jornada a tiempo completo y que, por ello, permite su reducción proporcional cuando se trata de un empleo a tiempo parcial.

Por fin, la referencia a que la situación nacional de empleo no se tomará en consideración a la hora de conceder la autorización solicitada, no sólo cuando así lo disponga expresamente el artículo 40 de la [LO 2/2009](#) sino también cuando se establezca "por Convenio internacional" deja la puerta abierta a la ampliación de esta hipótesis mediante convenios suscritos de forma bilateral por el Reino de España con otros Estados (probablemente de Iberoamérica) o bien aquellos que puede aprobarse, y posteriormente ratificarse, en el ámbito multilateral.

B) De muy importante, y centrará buena parte de mi comentario, cabe calificar el artículo 64, regulador de la determinación nacional de empleo, en el que se recoge toda la explicación de cómo ha de elaborarse el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que incluirá no sólo la información facilitada por los Servicios Públicos de Empleo respecto a las ofertas presentadas por los empleadores, sino que también según el nuevo texto deberá tomar en consideración "las estadísticas elaboradas por las Administraciones Públicas y, especialmente, la relativa a personas inscritas como demandantes de empleo en los Servicios Públicos de Empleo".

Es en este precepto donde no se encuentra la claridad y concreción que sí se

encuentra en buena parte del futuro texto, y que deja la puerta abierta a diferentes y diversas interpretaciones por parte de los respectivos Servicios Públicos de Empleo, además de aportarles una carga adicional de trabajo burocrático que deduzco que merecerá duras críticas por parte de los mismos. O por decirlo de forma clara y sin circunloquios: creo que el legislador quiere reducir a la mínima expresión, o incluso suprimir si pudiera, el Catálogo, en un momento en que la tasa de desempleo en España se mueve alrededor del 20 %, pero que no se atreve a formularlo en estos términos y por ello traslada "la carga de la prueba" a empleadores y responsables de los SPE.

¿Por qué efectúo esta afirmación? Primero, porque el texto permite incluir en el catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza (¿) podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación (¿por cuánto tiempo?) en actividades formativas (¿de qué tipo?) programadas por los SPE (dentro de su planificación general, o de forma adicional cuando se dé ese supuesto?). En segundo lugar, porque aunque aparentemente se abre el portillo para presentar por parte del empleador ofertas para puestos de trabajo no incluidos en el catálogo, se matiza que esa oferta sólo tiene razón de ser cuando puedan demostrar la dificultad (¿) de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno, y que para ello deberá presentar una oferta para ese puesto de trabajo "sin contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño" (¿hay que presumir necesariamente que el empleador quiere eludir la legalidad, o forzar la letra de la norma, para poder contratar a la persona deseada?)

La norma dispone la publicidad de dicha oferta durante un período mínimo de 15 días para que pueda ser conocida por cualquier trabajador que se halle y resida en España, otro plazo de 25 días desde la presentación de la oferta para comunicar al servicio de empleo el resultado de la selección, y un tercero de 5 días más para que el SPE emita, en su caso, la certificación de insuficiencia de demandantes de empleo, remitiendo la norma a un desarrollo normativo del contenido mínimo que deberá reunir dicho certificado, previo informe de la [Comisión laboral tripartita de inmigración](#). Por cierto, me asalta una duda jurídica: si las Comunidades Autónomas son las responsables de la gestión de todas las políticas activas de empleo, ¿se les puede imponer por una norma estatal el contenido "mínimo" de un documento que ellas deben formalizar, bajo la justificación de que se trata de una materia, la de extranjería, para la que la Constitución les atribuye competencia exclusiva, siendo así que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el contenido de la competencia de extranjería propiamente dicho es limitado, y que hay otros títulos competenciales que afectan a esa materia pero que se atribuyen a las autonomías?.

No se puede decir desde luego que el contenido del certificado no sea, aparentemente, farragoso (y el riesgo de que se hagan informes estereotipados es algo más que una mera hipótesis de trabajo de prosperar el texto del borrador). En primer lugar, la certificación de todos los datos relativos a la oferta de empleo; en segundo término, la cifra de personas incluidas en la provincia (vuelvo a insistir en la conveniencia de tomar en consideración otras realidades territoriales que se contemplan por algunas Comunidades Autónomas); por fin, y esta es la parte más discrecional, "una valoración (entiendo que firmada por el responsable de la oficina de empleo) de si la ocupación, una vez que ha quedado probado que no hay demandantes de empleo que puedan en principio ocuparla, sí podría serlo por algunos de estos mismos demandantes "tras su participación en actividades formativas (¿cuáles? ¿de qué duración?) por los servicios públicos de empleo.

El certificado, en cualquier caso, no parece que sea definitivo para tramitar en el exterior la oferta de empleo, y deja un margen amplio de actuación a la oficina de extranjeros (que parece que quiere denegar la solicitud pero que necesite algún argumento de mercado de trabajo para poder hacerlo) para tomar la decisión final de aceptación o denegación de la tramitación de la oferta en el exterior, dando a entender la norma, otra vez de forma prudente para que no se "note" demasiado su deseo de restringir al máximo la oferta de empleo para extranjeros no residentes, que podrá ser desestimada "si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa impulsada por el Servicio Público de Empleo".

C) Otros dos epígrafes del artículo 67 ponen de manifiesto con claridad, a mi parecer, el deseo del legislador, de evitar situaciones de irregularidad sobrevenida por causas no imputables al trabajador; no de otra forma debe entenderse que el fallecimiento o desaparición del empleador permita al demandante de empleo prestar sus servicios para otro empleador, con la autorización pertinente de la autoridad competente, siempre y cuando el alta en la Seguridad Social se formalice en un período máximo de 3 meses desde que el ciudadano extranjero llegó a España. Por otra parte, quien no sea dado de alta por su hipotético empleador deberá comunicarlo a la oficina de extranjeros competentes, utilizando impropia y a mi parecer el futuro Reglamento el término "trabajador" en este caso, ya que la persona que no ha accedido aún al contrato de trabajo con eficacia no es propiamente hablando un trabajador en el sentido jurídico del término.

D) El artículo 69 trata sobre las denegaciones de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Dos consideraciones cabe hacer sobre este precepto:

a) En primer lugar, se mantiene la denegación cuando el empleador hubiera amortizado puestos de trabajo por despidos declarados como improcedentes o nulo en sentencia o en trámite de conciliación judicial, en los supuestos previstos en el artículo 50 (extinción del contrato por causas no imputables al trabajador) 51 (despidos colectivos) y 52 c) (amortización individual o plural de puestos de trabajo) de la [Ley del Estatuto de los trabajadores](#), pero cabe pensar que sería conveniente la inclusión de los supuestos de declaración de improcedencia del despido objetivo por reconocimiento expreso del empleador en el mismo escrito en el que se comunica el despido, o en uno inmediatamente posterior, y que el trabajador no recurra la decisión empresarial.

b) En segundo término, se incluye como causa de denegación de la autorización el hecho de que el empleador haya sido sancionado por faltas graves (y no sólo muy graves como ocurre con la normativa vigente), y también cuando haya sido condenado por sentencia firme (y no hayan sido cancelado los antecedentes penales) por delitos contra la hacienda pública y contra la Seguridad Social (y no sólo contra los derechos de trabajadores), por lo que parece que se quiere poner el acento en la conducta jurídicamente intachable que ha de tener un empleador para poder contratar a trabajadores de países no UE.

E) Para la concesión del visado de residencia y trabajo uno de los requisitos a los que se refiere la futura normativa es la copia del contrato por el que se concede la autorización inicial de residencia y trabajo, debidamente sellada por la Oficina de extranjeros. Parece que en este caso no se presume la veracidad de las actuaciones

empresariales y del trabajador de formalizar debidamente el documento contractual y se requiere un sello (¿más carga burocrática?) de la autoridad competent

e en la materia para que tenga validez. No alcanzo a ver con claridad la razón o necesidad de aportar este documento cuando a continuación el propio precepto dispone que la misión diplomática o consular verificará de oficio en la aplicación informática "que se ha concedido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena condicionada", aunque parece, y aquí puede estar la justificación del precepto, que se trata de evitar falsificación de documentos, ya que una de las causas de denegación del visado es que la copia del contrato presentada "no coincida con la información proporcionada por la Oficina de Empleo sobre el contrato original".

F) Por último, y en relación con el precepto, subrayo nuevamente la importancia del alta en la Seguridad Social como momento relevante en la vida laboral del trabajador extranjero, ya que de no producirse esta deberá abandonar el territorio nacional y en caso de no hacerlo pasara a la situación de irregularidad administrativa, motivo de sanción por infracción grave según dispone el propio texto (por cierto, ¿se cruzan todas las bases de de datos para saber que un ciudadano extranjero que ha entrado de forma regular a España no ha sido dado de alta en la Seguridad Social en el plazo legalmente establecido como máximo? ¿Si el futuro trabajador no lo comunica, cómo queda constancia de esta situación?), y que puede además acarrear sanciones graves a la empresa no contratante y futuras denegaciones de nuevas autorizaciones iniciales de residencia y trabajo.

G) En una primer comentario después de la lectura del borrador manifesté que la futura norma trata de evitar que se produzcan situaciones de irregularidad sobrevenida que provoquen que personas, en su gran mayoría, trabajadoras, que se encuentran en situación de regularidad abandonen esa situación jurídica por razón de la pérdida de su empleo o por circunstancias familiares.

La lectura más tranquila del artículo 71, relativo a la renovación de las autorizaciones confirma ese inicial parecer, ya que recoge la posibilidad abierta por el artículo 38.6 d) de la [LO 2/2009](#) de incluir otras circunstancias no previstas expresamente en la ley, "en particular los supuestos de extinción del contrato o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género".

Pues dicho y hecho, el [futuro Reglamento](#) incluye de forma expresa esta hipótesis, así como también amplía la posibilidad de solicitar la renovación no sólo cuando el cónyuge cumpla los requisitos económicos previstos para poder reagrupar al trabajador sino también cuando esa situación se dé en el caso de la pareja de hecho, es decir "de la persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal en los términos previstos en materia de reagrupación familiar". Por otra parte, se mantiene, y creo que es especialmente importante, la [reforma operada en el Reglamento de 2004 por el RD 1162/2009 de 10 de julio](#) y se vincula la búsqueda activa de empleo a la inscripción en el Servicio Público de Empleo (quizás sería conveniente incluir aquí la posibilidad de inscribirse en las [agencias de colocación a partir de la regulación de dichas agencias en el RD 1796/2010 de 30 de diciembre](#)) pero no obliga (cuestión distinta es que tal actividad sea muy aconsejable para la búsqueda de empleo) a participar en acciones de tales servicios o en programas de inserción sociolaboral.

H) La solicitud de renovación no dependerá, parece, única y exclusivamente de que se cumplan las condiciones de contenido laboral que se recogen en el artículo 71, sino también de otras de contenido social, siendo obligatorio aportar el informe emitido por las autoridades autonómicas que acredite, si tal fuera el caso, "la escolarización de los menores a cargo de edad en escolarización obligatoria".

Por otra parte, y no sólo para este supuesto sino también para varios otros recogidos en la futura normativa, las autoridades podrán valorar diferentes informes que se hayan solicitado de oficio para poder tramitar la solicitud, tales como la situación penal del inmigrante, el cumplimiento de sus obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social, y "se valorarán" (afirma de forma taxativa la futura norma, de acuerdo con lo dispuesto en la [LO 2/2009](#)) el "esfuerzo de integración del extranjero", que se recogerá en el "informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia".

Sobre este último informe, ya se ha efectuado un [interesante comentario por la abogada Laura García Juan](#) en la página web de Intermigra, y remito a su lectura. Baste indicar aquí, en relación con cuestiones laborales, que el informe deberá hacer mención de las acciones formativas llevadas a cabo orientadas al empleo, con indicación del tiempo dedicado a ellas, y que tales acciones formativas podrán ser llevadas cabo por entidades públicas o privadas debidamente acreditadas (es decir, por ejemplo corporaciones locales, organizaciones no gubernamentales, centros de formación, etc.), y en el caso concreto de Cataluña conviene recordar que tal previsión ya se recoge en la [Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de la personas inmigradas](#). Dado que estamos en presencia de un ámbito competencial en el que intervienen las autonomías, y que también puede afectar a entidades públicas y privadas, es comprensible la nueva disposición adicional decimonovena que justamente se refiere a las entidades acreditadas para impartir formación a reconocer en los citados informes, y en donde se dispone que la SGIE impulsará todos aquellos mecanismos que permitan acreditar la solvencia de tales entidades, impulso que en cualquier caso no impide ni debe obstaculizar que las Comunidades Autónomas también velen por ello en sus ámbitos territoriales respectivos.

I) En mis comentarios me he referido siempre a la persona trabajadora contratada para prestar un trabajo por cuenta ajena, pero sería incorrecto no terminar esta explicación del "bloque de ajenidad" sin referirse al sujeto empleador y más concretamente a los criterios que permitirán garantizar una cierta certeza a la hora de saber si es posible una contratación, "los medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo" en el supuesto de tratarse de una persona física, supuesto que es el concurre, por poner el ejemplo más significativo, cuando se contrata a una persona para prestar sus servicios en el hogar familiar. Me parece positivo abandonar la técnica legislativa de la mera instrucción o circular administrativa para tratar esta cuestión y recoger los criterios en una norma de mucho mayor rango legal. Desde este planteamiento previo, cabe decir que la norma incluye en el montante económico de que debe disponer el empleador el salario que debe abonar a la persona trabajadora, "que deberá ajustarse a las (cuantías) establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad" (es decir, el convenio colectivo aplicable, o como mínimo el [Salario Mínimo Interprofesional, 21,38 euros/día o 641,40 euros/mes](#)), y una vez descontado este el empleador deberá obligatoriamente disponer de una cantidad que la norma considera suficiente "para atender sus necesidades y las de su familia", siendo la del 100 % del [IPREM \(17,75 euros/día o 532,51 euros/mes\)](#)

cuando el empleador no tenga familiares a su cargo, del 200 % cuando haya un familiar a cargo, y con el 50 % del IPREM adicional por cada nuevo miembro de la unidad familiar, en el bien entendido que se suman todas las cantidades que se perciban en dicha unidad, de tal manera que en los casos de unidades familiares que incluyan dos o más miembros "los medios a acreditar resultarán de la suma de aquellos con los que cuente cada una de las personas que integren la unidad familiar".

Sólo se admitirá que los medios económicos provengan de subvenciones, ayudas o subsidios concedidos por las administraciones cuando se trate de personas que contraten para asistencia domiciliaria y el cuidado de menores o personas dependientes. Si se trata de empresas, podrá justificarse la solvencia con la información relativa a la cifra de negocios durante los 3 años anteriores, y también el promedio anual de personal contratado, en el que deberá computarse tanto el personal de nuevo ingreso como aquel que haya extinguido su relación.

3. Por último, en este primer comentario del borrador del Reglamento de extranjería es obligada una anotación sobre la regulación de las infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral, exactamente el [capítulo IV del Título IX de la norma, dedicado a "Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador"](#), que remite determinadas infracciones (las de orden social) a su regulación específica en dos artículos del nuevo Reglamento. De especial importancia es el artículo 249.1, que remite al procedimiento previsto en la normativa sobre infracciones y sanciones de orden social, además de a las previsiones expresa del Reglamento, cuando se trata de "las infracciones leves tipificadas en los artículos 52 c), d) y e); graves del artículo 53.1 b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y 53.2 a); y muy graves del artículo 54.1 d) y f) de la Ley Orgánica 4/2000...". Sobre la cuantía de las sanciones baste decir ahora que se ha incrementado, de tal manera que las leves podrán ser de 50 a 500 euros (en la normativa vigente 30 a 300), las graves de 501 a 10.000 euros (de 301 a 6.000 euros) y las muy graves de 10.001 a 100.000 euros (de 6.000 a 60.000 euros).

A) ¿Se ajusta correctamente el nuevo Reglamento a la normativa reguladora de las infracciones y sanciones de la LO 2/2009? Sobre esta cuestión ya expuse mi parecer en relación con una primera versión del Reglamento, datada de hace casi un año, a partir de las muy interesantes observaciones que me hizo llegar la profesora de la Universidad de Girona e Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, Sra. Mercedes Martínez, y en la que hice referencia a las idas y venidas, en la leyes y en los reglamentos, de los sujetos que pueden cometer determinadas infracciones tipificadas en la normativa de extranjería, normativa que no puede leerse, entenderse e interpretarse sin acudir a la normativa general sobre la regulación de las infracciones y sanciones en el orden social ([Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, modificado en varias ocasiones, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social](#), y [Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social](#)).

B) De forma muy esquemática, recuerdo que en el primer borrador el núcleo del debate se polarizaba en torno al artículo 53.1 b) de la [LO 2/2009](#). Para facilitar una mejor comprensión de la duda que suscitaba el borrador del Reglamento, que era la de saber si la infracción podía ser cometida, y consiguientemente ser sancionada, por todo trabajador o únicamente por los trabajadores por cuenta propia, recuerdo cuál

era el texto de la LO 4/2000 y también del [RD 2393/2004](#). La infracción del artículo 53.1 b) de la [LO 2009](#), cuya redacción es idéntica a la del artículo 53 b) de la LO 4/2000, es la de "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida".

a) Ley orgánica 4/2000 (modificada).

"Artículo 55. Sanciones. 1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: (Redactado conforme a la Ley Orgánica 14/2003)

b) Las infracciones graves con multa de 301 hasta 6.000 euros.

2. Corresponderá al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales, la imposición de las sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica. En los supuestos calificados como grave del artículo 53.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, ... el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones a las autoridades referidas en el párrafo anterior. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000)

b) [Ley orgánica 2/2009](#). "Artículo 55. Sanciones.

1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes:

b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10.000 euros. En el supuesto contemplado en el artículo 53.2.a) de esta Ley, además de la sanción indicada, el empresario también estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje.

2. La imposición de sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica corresponderá al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Cuando una Comunidad Autónoma tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley en los supuestos de infracción a que se refiere el párrafo siguiente corresponderá a la Comunidad Autónoma y se ejercerá por la Autoridad que la misma determine, dentro del ámbito de sus competencias.

En los supuestos calificados como infracción grave del artículo 53.1.b)... ,el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones a las autoridades referidas en el párrafo anterior".

c) [Real Decreto 2393/2004](#).

Artículo 149. Infracciones y sanciones en el orden social.

1. Las infracciones tipificadas en los artículos ..53.b, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia... de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, serán sancionadas de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, y por lo dispuesto en este artículo.

En los casos de infracción prevista en el artículo 53.b, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia,de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en el acta de infracción se hará constar expresamente que, en virtud de lo establecido en el artículo 57 de la referida Ley Orgánica, el órgano competente para resolver podrá aplicar la expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa.

d) Primer borrador del Reglamento de la LO 2/2009, de fecha 9 de marzo de de 2010.

“Capítulo sobre infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral

Artículo sobre infracciones y sanciones en el orden social.

1. Las infracciones tipificadas en los artículos ... 53.1.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia,de la Ley Orgánica 4/2000, serán sancionadas de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, y por lo dispuesto en este artículo.

En los casos de infracción prevista en los artículo 53.1. b) cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, en el acta de infracción se hará constar expresamente que, en virtud de lo establecido en el artículo 57.1 de la referida Ley Orgánica, el órgano competente para resolver se podrá aplicar la expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa.

C) Por consiguiente, la duda jurídica que debía resolverse era la siguiente: determinar si la [LO 2/2009](#) ha ampliado los sujetos que pueden cometer la infracción grave tipificada en el artículo 53 1 b) y que puede llegar a ser sancionada, no se olvide, con la expulsión del territorio español; o dicho en otros términos, dado que la normativa legal y reglamentaria anteriormente vigente referían la infracción solo a los trabajadores por cuenta propia, ¿cabe pensar que el silencio de la LO 2/2009 sobre este punto autoriza a defender su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena?

A favor de la tesis afirmativa militaría el cambio normativo operado en el artículo 55 de la [LO 2/2009](#), salvo que se entendiera, y ya me parece mucho entender, que los redactores del precepto (por cierto, precepto no modificado desde el originario proyecto de ley presentado en el Parlamento) consideraran innecesaria, por redundante, esa referencia; y digo que me parece mucho entender porque entonces no tiene ningún sentido que esa referencia apareciera y desapareciera como el Gadiana según las conveniencias del legislador, dado que sí apareció nuevamente en el primer borrador del Reglamento de desarrollo de la LO 2/2009.

Para defender la tesis de la aplicación del supuesto infractor únicamente a los trabajadores por cuenta propia, y no a quienes prestan un servicio por cuenta ajena, creo que podía acudir al artículo 2.5 de la [LISOS](#), que dispone que serán sujetos responsables de la infracción “los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros”. Aunque, nuevamente por incordiar jurídicamente, se podría argumentar que la [LO 2/2009](#) ha operado un nuevo

cambio (norma posterior del mismo rango que deroga a la anterior) en el texto de la LISOS, uno más de los muchos que ha sufrido desde su aprobación.

D) Pues bien, el [borrador de Reglamento presentado el día 8 de febrero](#) recupera el texto del [RD 2393/2004](#) y "se olvida" de la [LO 2/2009](#), de tal manera que la infracción grave se producirá cuando una persona se encuentre trabajando en España "sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización residencia válida", siempre y cuando, y aquí viene la "novedad" del futuro Reglamento con la LO 2/2009 pero no con el [RD 2393/2004](#), se trate de un trabajador por cuenta propia. ¿Es una modificación ultra vires, o simplemente una corrección formal de un lapsus involuntario por parte del legislador en el trámite parlamentario de la [LO 2/2009](#)?

En cualquier caso, si por esta vía parece cerrarse la posibilidad de que la [ITSS](#) deba sancionar a trabajadores por cuenta ajena que se encuentren en España en situación administrativa de trabajo irregular, algo que se ajusta a la [LISOS](#) y en concreto a su artículo 2.5, que dispone, recuerdo. que serán sujetos responsables de la infracción "los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros", el futuro Reglamento mantiene otra por la que sí no parece que quepa duda, salvo que los tribunales decidan lo contrario con ocasión de algún recurso, que la ITSS debe sancionar a los trabajadores por cuenta ajena, en concreto en el supuesto previsto en el artículo 52.d) de la [LO 2/2009](#), [que califica de infracción leve \(sancionable con multa de 50 a 500 euros\) "encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular" \(por cuenta ajena, añadido ahora, dado que la autorización por cuenta propia se contempla en la letra c\).](#)

Por consiguiente, dejo planteada la duda jurídica que me hacía llegar la profesora Mercedes Martínez y para la que no tengo aún fundada respuesta, aunque sí me atrevo a decir que de estimarse conforme a derecho la [LO 2/2009](#) y el nuevo reglamento, han modificado de forma radical el art. 2.5 de la [LISOS](#) y hasta cierto punto también la razón de ser de las funciones y actividades de la ITSS según su normativa reguladora: ¿debe la ITSS sancionar económicamente a trabajadores por cuenta ajena que se encuentren en la situación descrita en el precepto referenciado? ¿Y qué ocurre, añadido yo ahora, si la Tesorería General de la Seguridad Social hubiera procedido al alta del trabajador? ¿Aquello que se ha considerado válido por la TGSS deberá ser sancionado por la ITSS?

Buenas preguntas, y cuestiones jurídicas, para el debate que espero continuar con mis compañeros y compañeras del mundo iuslaboralista.

Continuará... casi seguro.