

**DICTAMEN SOBRE LA INCIDÈNCIA DE LA NORMATIVA REGULADORA
DELS DRETS I DEURES DELS IMMIGRANTS EN L'ELABORACIÓ I
ORGANITZACIÓ DE LES POLÍTIQUES ACTIVES I PASSIVES D'OCUPACIÓ**

**(ATENCIÓ ESPECIAL A LA REGULACIÓ CONTINGUDA EN EL REIAL
DECRET 2393/2004, DE 30 DE DESEMBRE, SOBRE LA INSCRIPCIÓ DELS
CIUTADANS EXTRACOMUNITARIS COM A DEMANDANTS D'OCUPACIÓ
I COM A USUARIS DELS SERVEIS QUE PRESTA EL SERVEI D'OCUPACIÓ
DE CATALUNYA).**

Dr. Eduardo Rojo Torrecilla (coordinador)

Dr. Ferran Camas Roda

Dr. Ignasi Camós Victoria

**Catedràtic i professors titulars de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la
Universitat de Girona. Director i membres de la Càtedra d'Immigració, Drets i
Ciutadania de la UdG**

Girona, 31 de maig de 2005

INTRODUCCIÓ

El dictamen que presentem a continuació es realitza a sol·licitud de la direcció del Servei d'Ocupació de Catalunya (SOC) i té bàsicament com a finalitat examinar quins són l'impacte i la incidència de la nova normativa d'estrangeria espanyola, en concret el Reial decret 2393/2004, de 30 de desembre, sobre els àmbits d'actuació autonòmics i estatals en matèria de polítiques actives d'ocupació i de protecció per desocupació, per a la qual cosa cal prestar una atenció especial a la nova regulació sobre la inscripció dels estrangers com a demandants d'ocupació i com a usuaris del SOC.

En efecte, la nova regulació deixa sense validesa jurídica gran part de la regulació anterior sobre la matèria, en concret la Resolució de la Direcció General de l'Instituto Nacional de Empleo d'11 de juliol de 1996, per la qual es dicten instruccions per a la “inscripció dels estrangers a les oficines de l'INEM i a les agències de col·locació, protecció per desocupació i intercanvi d'informació”. Amb motiu de l'aprovació de la Llei orgànica 4/2000 i del Reial decret 864/2001, de 20 de juliol, de desplegament de l'anterior, es va preparar un esborrany d'ordre ministerial que hem tingut l'oportunitat de consultar per preparar el nostre dictamen, però que finalment no va veure la llum pública. En l'article primer d'aquesta ordre es disposava que es podrien inscriure com a demandants d'ocupació als serveis públics d'ocupació i a les agències de col·locació “aquells estrangers majors de setze anys que, en aplicació de la normativa vigent sobre permanència i treball dels estrangers a Espanya, tinguin reconegut el dret d'accés al mercat de treball”, dret d'accés que es concretava en la possessió d'una autorització per treballar. Es conceptuava com a estrangers aquells que no tinguin “la nacionalitat espanyola i no siguin nacionals d'Estats membres de la Unió Europea i de l'Espai Econòmic Europeu”. Una vegada formalitzada la inscripció com a demandant d'ocupació, per complir els requisits legalment establerts, la normativa disposava (article 9) la seva equiparació en règim d'igualtat, tenint en compte la situació o circumstància per la qual es va generar la seva inscripció, amb la resta de demandants d'ocupació, “tant en la intermediació laboral com en relació amb les mesures de foment de l'ocupació i els serveis per a la millora de l'ocupabilitat dels demandants d'ocupació que deixin els serveis públics d'ocupació i les agències de col·locació”.

Ara bé, l'explicació i anàlisi del RD 2393/2004 quedarien incompletes si no prestéssim atenció als àmbits competencials constitucional i estatutari en els quals s'insereix la política d'immigració, així com a les perspectives de reforma que s'anuncien per al futur immediat a l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC). Igualment, seria difícil d'entendre el marc normatiu estatal aprovat recentment si no coneguéssim quina és la política d'immigració més recent de la Unió Europea (UE), que condiona sensiblement els marcs estatals, i si no recordéssim quin ha estat el marc normatiu espanyol que el nou reglament deroga. Tot això serà objecte d'estudi en la primera part del nostre dictamen.

En la segona part explicarem detalladament quines són totes les situacions jurídiques que possibiliten que un ciutadà extracomunitari pugui sol·licitar la inscripció com a demandant d'ocupació a les oficines del SOC i a les agències de col·locació i també pugui tenir dret a les prestacions per desocupació i a l'accés a les polítiques actives d'ocupació i de formació ocupacional posades en pràctica pels poders públics autonòmics en l'àmbit de les seves respectives competències.

En la tercera part analitzarem les possibilitats que l'ordenació jurídica vigent ofereix de posar en marxa mesures de polítiques d'ocupació adreçades als immigrants com a col·lectiu necessitat de protecció especial per les seves dificultats d'accés al mercat de treball, amb una atenció especial a les possibilitats obertes per la Llei 56/2003, de 16 de desembre, d'ocupació.

El nostre dictamen finalitzarà amb un conjunt de reflexions i propostes, com a síntesi de tot el que s'ha exposat anteriorment, que tendeixen a millorar el marc jurídic vigent de cara a aconseguir l'objectiu desitjat de facilitar la plena integració al mercat de treball de totes les persones extracomunitàries que accedeixin a Catalunya, així com de totes aquelles que ja s'hi trobin de manera regular, sense descartar l'adopció de mesures que possibilitin la protecció de les persones que es trobin en situació irregular però que realment estiguin treballant o buscant feina.

Atesa la complexitat de les diferents matèries que han estat objecte d'estudi en aquest dictamen, hem optat per analitzar-ne algunes en més d'un apartat, bàsicament a la

segona i tercera parts, ja que és molt difícil establir una línia nítida de separació per raó del bloc temàtic objecte d'anàlisi.

Com a annex del dictamen, i per facilitar una millor comprensió de la política d'immigració tant a escala europea com estatal, s'adjunta una explicació detallada de textos i de normativa comunitària i estatal. Ens sembla necessari conèixer aquesta normativa per entendre millor el marc jurídic i polític en el qual s'insereix l'actual política d'estrangeria a Espanya i a Catalunya.

Per a la realització del nostre dictamen hem procedit a una detallada recerca, selecció, examen i estudi de la normativa comunitària, estatal i autonòmica sobre les polítiques d'ocupació i de protecció per desocupació que puguin afectar ciutadans extracomunitaris (o de tercers països, segons l'expressió que s'utilitza en els documents comunitaris per referir-se a aquells que no són ciutadans dels Estats membres). A continuació, hem elaborat el dictamen. Finalment, com que es poden plantejar dubtes, atesa la complexitat de la matèria tractada, sobre com s'ha d'aplicar la normativa, hem acordat l'assessorament explicatiu al SOC durant el mes de juny del 2005, amb la finalitat de prestar la nostra col·laboració i ajuda jurídica sobre les incidències també jurídiques que es puguin produir en la posada en marxa del nou model.

PRIMERA PART. LA IMMIGRACIÓ: NOU FENOMEN, NOVA REALITAT, NOUS REPTES PER A LES POLÍTIQUES D'OCUPACIÓ

1. La importància del fenomen migratori

El fenomen migratori s'ha convertit en un dels trets socioeconòmics més destacats de l'actualitat i sembla paradoxal que, en un món en què els fluxos financers i comercials s'incrementen cada dia, continuïn existint fortes restriccions a la llibertat de circulació de les persones. Ens trobem davant d'una nova realitat migratòria i calen propostes que tinguin en consideració aquesta nova realitat.

Tal com va afirmar el president de la Generalitat de Catalunya, Sr. Pasqual Maragall, en el discurs d'obertura del Congrés Moviments Humans i Immigració, dut a terme en el marc del Fòrum de les Cultures de l'1 al 4 de setembre de 2004, “els moviments migratoris són un element permanent de la construcció del futur de la humanitat, al món obert i sense fronteres. Això és un fet que és aquí per quedar-se, crec que de manera definitiva”.

Precisament, una d'aquestes propostes ha de ser que les normes i la realitat social en la qual aquestes operen vagin estretament unides, cosa que no es dona moltes vegades en la regulació de l'estrangeria, ja que, com ha recordat recentment la relatora especial de l'ONU per als drets dels migrants, “la distància existent entre el reconeixement dels drets dels migrants pel dret internacional dels drets humans i la realitat constitueix un dels majors reptes que plantegen les migracions internacionals” (informe presentat a la Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides, 27 de desembre de 2004).

En l'àmbit internacional, es constaten noves tendències migratòries laborals, algunes de les quals podem dir que ja incideixen directament sobre la realitat de la immigració a Espanya i Catalunya. Tal com es posa en relleu en els documents de l'Organització Internacional del Treball i de l'Organització Internacional de les Migracions, es constata un increment dels professionals qualificats a Europa, el Japó i l'Amèrica del Nord; un procés creixent de feminització de la immigració; una demanda també creixent per part del sector privat de treballadors estrangers; la importància de la immigració irregular, de manera que un dels reptes més importants dels Estats és potenciar l'entrada regular i

establir les mesures adequades per evitar la immigració irregular; finalment, ens trobem amb el fet que hi ha països que potencien la immigració a l'estranger de la seva força laboral per la importància quantitativa de les remeses que els immigrants envien al seu país d'origen.

Qualsevol política d'immigració que es dugui a terme l'any 2005 ha de partir del marc competencial constitucional en la matèria i del repartiment existent entre les diferents administracions públiques, ja que no cal oblidar que les administracions autonòmiques i locals tenen cada vegada més competències en matèries que incideixen directament sobre les polítiques migratòries. La coordinació de les diferents administracions esdevé del tot necessària, i perquè sigui eficaç es requereix també que hi hagi la transferència dels recursos apropiats i que existeixi la coordinació administrativa adequada entre les diferents administracions i els funcionaris encarregats d'aplicar la normativa. La política d'immigració, el seu marc jurídic, necessita una estabilitat adequada i el màxim consens, tal com ha defensat recentment el defensor del poble andalús, “no només entre les forces polítiques, sinó també entre les organitzacions sindicals, empresarials i totes les administracions, associacions i entitats que tinguin competències o intervinguin en matèria d'immigració" (*Informe sobre la inmigración en la provincia de Granada*, març del 2005).

És ben cert que el problema de la immigració preocupa la ciutadania, com ho demostra el baròmetre mensual del Centre d'Investigacions Sociològiques (CIS). En el baròmetre del mes de març d'enguany, la immigració és considerada com el quart problema principal que existeix a Espanya, després de l'atur, el terrorisme i l'habitatge; ara bé, quan la pregunta es refereix als problemes que afecten personalment els enquestats, la immigració baixa al setè lloc, després de l'atur, els problemes econòmics, l'habitatge, la inseguretat ciutadana, “cap” i les pensions.

El debat sobre com s'ha d'articular una política migratòria adequada adquireix una gran importància en l'àmbit català, espanyol, europeu i també en l'internacional, ja que sembla poc raonable pensar que la immigració es reduirà encara que s'estableixin nombroses mesures restrictives i de control. En el moment actual, la immigració a l'Estat té un component bàsicament laboral, com demostra el debat sobre la regularització dels immigrants que estan treballant a Espanya de manera irregular. A

més, la futura normativa legal espanyola s'hauria d'adaptar a la normativa internacional, molt especialment amb la possible ratificació de la Convenció de les Nacions Unides del 1990 sobre els treballadors migratoris i les seves famílies.

2. El vessant laboral de la política d'immigració

Que el debat sobre la immigració a Espanya en l'actualitat és bàsicament de contingut laboral es posa clarament de manifest després del debat general sobre l'estat de la nació que va tenir lloc els dies 11 i 12 de maig, i es dedueix molt especialment de les manifestacions del president del Govern, Sr. Rodríguez Zapatero, de les quals considerem especialment rellevant destacar la seva valoració que la política d'integració dels immigrants ha de significar "vincular immigració a treball, associar la idea d'immigració al que representa integració laboral i reconèixer la immigració com un dels factors que està sent positiu en el nostre creixement econòmic", i que el recentment finalitzat procés de normalització ha estat vinculat al mercat laboral, ja que "més que donar papers, es produeixen altes a la Seguretat Social, que és el que ha de passar". A més, és altament significatiu que el president reconegui que aquesta nova situació significarà importants ingressos a la Seguretat Social, però sobretot que es digui públicament des de la tribuna del Congrés dels Diputats que "la immensa majoria dels ciutadans d'aquest país sap que la gran majoria de persones que s'han acollit al procés treballaven en la clandestinitat, per la qual cosa no estaven contribuint ni amb impostos ni amb cotitzacions al manteniment dels nostres serveis públics, sanitaris i educatius, dels quals sí que estaven gaudint".

En relació amb la immigració, el 17 de maig es van aprovar dues resolucions en el debat sobre l'estat de la nació, a proposta dels grups parlamentaris socialista, Esquerra Republicana de Catalunya i Esquerra Unida. A la Resolució número 41 s'insta el Govern a presentar un pla de foment empresarial, que ha d'afavorir el potencial emprenedor que tenen col·lectius com els dels joves, les dones i els immigrants. A la número 43 s'insta el Govern a impulsar, en col·laboració amb les comunitats autònomes, les vies d'immigració legal, el reforç de la Inspecció de Treball i Seguretat Social i la lluita contra les pràctiques de contractació que vulneren els drets dels treballadors. A més, es va aprovar la necessitat de disposar d'un pla estratègic

d'integració dels immigrants, un pla coherent on es coordinin tots els esforços que duen a terme l'Administració general de l'Estat, les comunitats autònomes i els ajuntaments.

Igualment, el debat sobre la problemàtica laboral de la immigració i el seu impacte jurídic sobre les polítiques actives i passives d'ocupació és ben present en la majoria de fòrums i congressos sobre la immigració. De cara al nostre dictamen, volem destacar la 15a Trobada d'Advocats sobre Dret d'Estrangeria, duta a terme a Saragossa els dies 28 i 29 d'abril, en la qual vam tenir l'oportunitat d'intervenir com a ponents.

El grup de treball número 4 estava dedicat al treballador migrant i al seu dret a un treball decent. Des de la perspectiva de les polítiques d'ocupació, interessa destacar que aquest grup va acabar amb la conclusió de la necessitat de desenvolupar mesures de foment de l'ocupació per als immigrants, com a nou col·lectiu específic reconegut per la Llei 56/2003, de 16 de desembre, d'ocupació, com de difícil accés al mercat de treball. Igualment, es va reclamar un major protagonisme de la Conferència Sectorial d'Afers Laborals amb la finalitat d'aconseguir una major aplicabilitat del catàleg d'ocupacions de difícil cobertura. Es va afirmar de manera crítica que la situació nacional d'ocupació, a través del catàleg esmentat, “no soluciona les expectatives de l'empresari ni del treballador”. Igualment, és important destacar que es va proposar tenir en compte les propostes de les comunitats autònomes en matèria d'ocupació i que “els serveis d'ocupació valorin les ofertes de manera concreta i no globalment”. En tot cas, i amb independència de les crítiques formulades en aquest fòrum, es pot destacar, al nostre entendre, la importància del catàleg com un instrument eficaç per a la gestió dels fluxos migratoris i per poder cobrir les vacants per a les quals no es disposa de demandants d'ocupació a les oficines de col·locació. Tal com s'exposa en la nota de premsa de la Conselleria de Treball i Indústria de 23 de març de 2005, en presentar les 140 ocupacions de difícil cobertura al mercat de treball català, el catàleg és una altra peça del canvi en el model de les polítiques d'immigració, “en el sentit de racionalitzar que les persones que arribin a Catalunya ho facin d'una manera ordenada i per treballar en aquelles feines que queden vacants, o bé perquè no hi ha persones per ocupar-les o bé perquè no n'hi ha prou”.

D'altra banda, el grup de treball número 6 es va dedicar als “Plans d'immigració: polítiques socials i d'ocupació”. En les conclusions, després d'afirmar que no existeix

política d'immigració, es demanava l'elaboració d'una política d'immigració estatal basada en el consens social i que, entre altres elements, tingués en compte “l'organització territorial amb els seus mecanismes actuals d'integració” i que regulés adequadament “la coordinació entre les administracions i els agents implicats”. Per aconseguir una plena igualtat de drets entre nacionals i immigrants, el grup de treball va demanar “el reconeixement i l'aplicació de tots els drets reconeguts per a totes les persones als tractats internacionals ratificats per Espanya”.

3. El mercat de treball a Espanya i la immigració

El dictamen sol·licitat ha de prestar atenció, encara que sigui sintèticament, ja que no és el seu objectiu central, a la nova realitat de les xifres del mercat de treball com a conseqüència tant de la revisió de les sèries estadístiques de l'Enquesta de Població Activa (EPA) com de l'important increment –que es visualitza precisament en aquesta revisió– del nombre de ciutadans extracomunitaris residents i/o empadronats a Espanya i que tenen accés al mercat de treball, tant de manera regular com irregular. Cal destacar que aquesta presència no és temporal per a la gran majoria, sinó que té vocació de permanència, com demostren les dades estadístiques oficials sobre residència legal a Espanya a 31 de març de 2005: el 19,27 % dels estrangers inclosos en el Règim General (i que són l'objecte del nostre dictamen) tenen autorització de residència inicial (259.668); el 27,35 % tenen autorització renovada per primera vegada (368.555); el 19,89 % tenen autorització renovada per segona vegada (268.055); el 29,77 % disposen d'autorització de residència permanent (401.416), i el 3,71 % tenen un altre tipus d'autorització (50.004, bàsicament vinculada a processos de regularització excepcional per arrelament).

L'EPA revisada corresponent al primer trimestre de 2005 presenta per primera vegada dades sobre la població estrangera resident a Espanya de 16 i més anys, diferenciades de les que corresponen a la població de nacionalitat espanyola. De l'exhaustiva informació facilitada per l'INE convé destacar, a l'efecte del nostre dictamen, les dades següents: en els últims dotze mesos, el nombre d'actius estrangers ha crescut en 447.100, mentre que l'increment dels espanyols ha estat només de 257.600; la taxa d'activitat dels estrangers és més de vint punts superior a l'espanyola (76,15 % i 55,23 %, respectivament), com a conseqüència del fet que la població estrangera es concentra en els grups d'edat en què

l'activitat econòmica és més forta; aquesta circumstància també explica, segons l'INE, que la taxa de desocupació de la població estrangera sigui superior en més de quatre punts a la de l'espanyola (13,96 % i 9,75 %, respectivament). La revisió de les sèries 1996-2004 ha suposat un increment d'1.564.000 persones de 16 i més anys, de les quals 964.700 apareixen com a ocupades, 152.220 com a aturades i 447.000 com a inactives, i més concretament el nombre d'ocupats estrangers augmenta en gairebé 1.000.000 de persones en les esmentades dades revisades i el nombre d'aturats s'incrementa en 152.300. La població immigrant en edat de treballar és de 2.727.700 persones, és a dir, el 7,6% de la població total en edat de treballar, i segons es posa en relleu en un recent informe, els estrangers suposen el 13 % de l'ocupació total en el sector primari, el 6,8 % en la indústria, el 18,3 % en la construcció i el 8,8 % en el sector terciari.¹

En l'àmbit laboral objecte del nostre estudi, les dades d'afiliació a la Seguretat Social corresponents al mes de març, és a dir, abans de l'increment que es produirà com a conseqüència del procés de normalització, ens donaven la xifra d'1.154.573 treballadors (el 6,30 % del total de l'afiliació), dels quals 887.401 són extracomunitaris, és a dir, la població immigrant sobre la qual es concentra la nostra atenció en el dictamen.² Aquestes xifres s'hauran de revisar sensiblement una vegada s'hagi completat el procés de normalització i s'hagi regularitzat, a efectes de la Seguretat Social, aquells treballadors per als quals els empresaris hagin sol·licitat la normalització. I les dades poden ser certament significatives, ja que en finalitzar el procés de normalització, el 7 de maig, segons les xifres oficials, s'han presentat prop de 700.000 sol·licituds, amb quatre països amb rellevància numèrica destacada: l'Equador (139.714), Romania (118.298), el Marroc (85.969) i Colòmbia (56.652). Per cert –i aquesta és una dada sobre la qual els poders públics competents en matèria d'ocupació convindrà que reflexionin quan s'elaborin polítiques adreçades als immigrants–, la presència dels treballadors estrangers afiliats en alta laboral del Règim General és majoritària en els grups de cotització 8 a 10, amb independència de la titulació que tenen bona part dels treballadors estrangers i que no es reflecteix en la seva activitat quotidiana. En efecte,

¹ Servei d'Estudis de "la Caixa". Informe mensual, maig 2005, pàg. 75 a 78.

² Convé recordar que les xifres sobre treballadors afiliats als diferents règims de la Seguretat Social "no es corresponen necessàriament amb el nombre de treballadors, sinó amb el de situacions que generen obligació de cotitzar; és a dir, una mateixa persona comptabilitza tantes vegades com situacions de cotització tingui, ja sigui perquè té diverses activitats en un mateix règim o en diversos, **cas que no se sol donar en el col·lectiu d'estrangers**". Cfr. INEM. *Resumen anual de datos del Observatorio Ocupacional 2003*. Madrid, 2004, pàg. 96.

dels 822.743 afiliats a 31 de març de 2005, 190.039 s'enquadren en el grup d'oficials de 1a i 2a, 156.366 en el d'oficials de 3a i especialistes, i 262.486 en el de treballadors majors de 18 anys no qualificats. En canvi, només en trobem 29.865 al grup 1, corresponent a enginyers i llicenciats, i 12.505 al grup 2, d'enginyers tècnics i perits.

Les dades molt recentment conegudes sobre el nombre d'afiliats estrangers a 30 d'abril confirmen les previsions de l'increment d'afiliats. El nombre total d'estrangers afiliats a la Seguretat Social és d'1.232.348, dels quals 955.927 són treballadors extracomunitaris, destacant per nacionalitats els marroquins (193.554), els equatorians (174.323), els colombians (94.509) i els romanesos (83.499).

A Catalunya, el nombre total d'afiliats és de 278.851, dels quals 225.746 són extracomunitaris. La comunitat autònoma catalana és la primera de l'Estat en nombre d'estrangers, un 22,63%, i se situa en segon lloc pel que fa al percentatge de treballadors extracomunitaris, 23,62%, superada molt lleugerament pel 23,68 % de Madrid. Per nacionalitats destaquen els marroquins (57.057), els equatorians (28.124), els colombians (15.324), els peruans (15.106), els xinesos (12.807) i els romanesos (11.834).

També és important destacar les dades facilitades pel Servei Públic d'Ocupació Estatal sobre el nombre de beneficiaris estrangers de prestacions per desocupació a 31 de març de 2005, un total de 62.994 (el 4,72 % sobre el total de beneficiaris), dels quals 48.601 són treballadors extracomunitaris. El nombre total suposa un 39,48 % de beneficiaris sobre els demandants d'ocupació estrangers, entre els quals destaca el pes dels treballadors del Marroc (15.433, 24,50 %), l'Equador (7.056, 11,20 %) i Colòmbia (4.557, 7,23 %).

I per acabar amb les xifres, una altra dada molt important per veure la importància del treball dels estrangers ens la donen les xifres sobre el nombre de contractes. Des de l'any 2000 fins a l'any 2003 inclusivament s'ha produït un increment significatiu: s'ha passat de 648.178 (any 2000), 998.496 (any 2001), 1.392.832 (any 2002) a 1.584.486 (any 2003). L'any 2003, a la província de Barcelona es van formalitzar 235.573 contractes, que van afectar 112.234 persones. Per sectors, a tot Espanya destaquen la construcció (326.461 contractes i 193.159 persones), l'hostaleria (233.376 i 155.724),

altres activitats empresarials (328.651 i 134.616), i l'agricultura, la ramaderia i la caça i relacionats (208.607 i 128.797, respectivament). Per ocupacions amb un nombre més alt de contractes trobem el peó de la indústria manufacturera en general (162.172), el peó agrícola en general (158.245), la dona/mosso neteja/netejador en general (128.915), paleta (126.960), peó de la construcció d'edificis (119.502) i cambrer en general (112.799).³ Aportem per acabar una dada relativa a l'àmbit territorial en què els autors del dictamen desenvolupem la nostra activitat professional: segons dades de la Memòria 2004 de la Direcció Provincial de Girona del Servei Públic d'Ocupació Estatal, l'any 2004 es van formalitzar 10.400 contractes d'estrangers a la construcció, el 30,86 % del total; a l'hostaleria, 11.086, un 27,96 %; a les activitats immobiliàries, de lloguer i de serveis empresarials, 12.624, un 22,58 %.

4. El marc jurídic constitucional i estatutari. La reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya

L'estudi de la normativa aplicable als treballadors extracomunitaris ha de partir del marc constitucional i estatutari vigent, així com de la doctrina del Tribunal Constitucional, per poder examinar en quina mesura es poden posar en marxa reformes estatutàries que impliquin majors quotes d'autogovern autonòmiques.

Cal recordar, en primer lloc, que l'article 13.1 de la Constitució disposa que “els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el Títol present en els termes que estableixin els Tractats i la llei”. Per al Tribunal Constitucional, segons la sentència núm. 107/1984, de 23 de novembre, no hi ha en el text constitucional un principi general d'igualtat de tracte entre espanyols i estrangers, i per això “la igualtat o desigualtat en la titularitat i l'exercici dels drets i llibertats dependrà, per pròpia voluntat constitucional, de la lliure voluntat del tractat o la llei”. A partir d'aquest raonament, el TC argumenta la inexistència d'un principi constitucional de tracte en matèria d'accés al treball, i recorda que l'article 35 de la CE solament reconeix el dret al treball dels espanyols. Ara bé, sí que ha d'haver-hi plena igualtat de tracte pel que fa a les condicions de treball.

³ INEM. *Resumen anual...*, op. cit.

Pel que fa a la doctrina constitucional més recent, és convenient destacar la important sentència número 72/2005, de 4 d'abril, en la qual és objecte d'examen el contingut de l'article 19 de la Constitució i l'hipotètic dret d'un estranger a entrar a Espanya, així com a residir lliurement en territori espanyol. La sentència no afecta directament la matèria laboral, però té una repercussió indirecta innegable, en la mesura que fixa criteris jurídics que poden acabar suposant el dret de les persones que són de manera irregular a Espanya a regularitzar la seva situació i, per tant, a tenir accés a les prestacions que ofereixen els serveis públics d'ocupació.

Segons la sentència que ara analitzem, l'article 19 de la Constitució reconeix, de manera separada i amb un contingut divers, el dret a entrar a Espanya i la llibertat de residència. L'estranger que no ha estat mai a Espanya “no pot invocar la llibertat de residència –el dret a elegir el lloc o llocs on es vol residir transitòriament o permanentment al territori espanyol– per emparar una conducta que se situa en l'àmbit definit per un dret diferent: el d'entrar al territori nacional”. La sentència afirma textualment que:

L'art. 13.1 CE és el precepte que “a la nostra Constitució estableix els límits subjectius determinants de l'extensió de la titularitat dels drets fonamentals als no nacionals” [Declaració del Tribunal Constitucional d'1 de juliol de 1992, FJ 3 b)]. La redacció de l'apartat 1 de l'art. 13 CE, que es refereix als termes en els quals els estrangers gaudiran dels drets del títol I CE “a Espanya”, posa de manifest que la regulació de l'esmentat precepte constitucional no té com a finalitat reconèixer drets, en general, als milers de milions de ciutadans estrangers que es troben en altres països, ni, en concret, convertir en dret fonamental l'eventual expectativa d'entrar a Espanya de tots els estrangers que hi ha fora del nostre país i que es presentin a les nostres fronteres, sinó, precisament, regular la posició jurídica dels estrangers que ja són a Espanya. El subjecte dels drets a què es refereix la regulació de l'art. 13.1 CE no és l'estranger sense més, sinó l'estranger *a Espanya, el que ja ha entrat al nostre país*, circumstància que actua com a pressupòsit de l'extensió de drets que du a terme l'art. 13.1 CE.

Per això, ja en la seva dicció literal, la regulació de l'art. 13.1 CE no es projecta en concret sobre un dels drets fonamentals –el dret a entrar a Espanya– que es reconeixen a l'art. 19 CE, la qual cosa té com a conseqüència que només siguin titulars d'aquest dret fonamental els espanyols, amb les excepcions a què hem al·ludit en l'últim paràgraf del

fonament jurídic 4 i que no desvirtuen aquesta afirmació. El dret fonamental del nacional a ser acceptat en tot moment pel mateix Estat i, per tant, a entrar al seu país, és un dels elements essencials de la nacionalitat i, en conseqüència, una de les diferències jurídiques bàsiques en l'estatut personal del nacional i l'estranger, “binomi tradicional” que només progressivament va sent objecte de parcial superació, per ara, en el marc “d’una naixent ciutadania europea” [Declaració del Tribunal Constitucional d'1 de juliol de 1992, FJ 3 a)].

És clar, doncs, que la literalitat de l'art. 13.1 CE, sense ambigüitats, no inclou el dret d'entrar a Espanya com a dret fonamental dels estrangers.

Després de l'anàlisi de la normativa internacional, el TC conclou que “el dret a entrar a Espanya, amb caràcter fonamental, només correspon als espanyols i no als estrangers”. És procedent, doncs, declarar que el dret d'entrar a Espanya –“només reconegut constitucionalment als espanyols” (STC 53/2002, de 27 de febrer, FJ 4), com ha exposat aquest Tribunal en una afirmació incidental– no és un dret fonamental del qual siguin titulars els estrangers d'acord amb l'art. 19 CE, tot i que, òbviament, qui sigui de fet a Espanya pot sol·licitar la protecció d'aquest dret pels jutges i tribunals espanyols, que l'hauran de tutelar d'acord amb les exigències imposades per l'art. 24 CE, que sí que recull un dret del qual són titulars els estrangers.

Pel que fa a l'àmbit autonòmic, les comunitats autònomes tenen competències en matèries que afecten directament la immigració, encara que el “nucli dur” d'aquestes competències correspongui a l'Estat, en virtut del que es disposa a l'article 149.1.2a de la Constitució. És per això que les comunitats autònomes actuen en els àmbits d'assistència social, educació, sanitat, habitatge i execució de la legislació laboral, i en l'EAC vigent (article 11.2) s'afirma que “queden reservades a l'Estat totes les competències en matèria de migracions interiors i exteriors..., sense perjudici del que estableixin les normes de l'Estat” sobre aquestes matèries. En una important sentència de 30 de setembre de 2003, que va desestimar el recurs de l'Administració de l'Estat contra el decret del Govern Basc pel qual es va crear el fòrum per a la integració i participació dels immigrants en l'esmentada comunitat, la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia del País Basc va afirmar que una política activa d'immigració no comprèn només les competències i potestats reservades a l'Estat, sinó

que també “comprèn aspectes que tenen relació directa amb l'àmbit competencial de les comunitats autònomes, de necessària contribució a l'assoliment de la seva integració, tal com s'infereix dels articles 67.3, 68.1 i 70.1 de la Llei 4/2000, d'11 de gener”.

L'esmentada concepció de polítiques actives d'immigració és precisament la que s'utilitza en el Pla base d'immigració 2003-2005 (publicat al *Butlletí Oficial del Parlament Basc* núm. 136, de 25 de febrer de 2004), que pretén desplegar al màxim les polítiques d'immigració en el seu àmbit competencial, encunyant el concepte de *ciutadania inclusiva*, que fa de la residència, i no de la nacionalitat, el vincle exigít per a l'accés a aquesta ciutadania. En la mateixa línia se situa el Pla de ciutadania i integració de la Generalitat de Catalunya 2005-2008, aprovat el mes d'abril passat. En el Pla, “el criteri bàsic que reconeix l'immigrant com a ciutadà de la societat catalana és la residència, reconeguda jurídicament a través de l'empadronament”. La igualtat de tracte i la igualtat d'oportunitats de la persona immigrada constitueixen “els principals principis d'acció estratègica del Pla de ciutadania i immigració”. I es demana que cal incorporar aquest plantejament al nou Estatut. Finalment, el Pla valencià de la immigració 2004-2007 (aprovat l'abril del 2005) subratlla la concentració de matèries socials i jurídiques a l'entorn del treball de l'immigrant, ja que no en va “el fet laboral fa convergir moltes altres matèries, en el cas de les persones immigrants, com la residència, alguns dels seus drets socials, els seus drets fonamentals, el dret sanitari, etc.”, mentre destaca la importància de posar en marxa en l'àmbit laboral “plans integrals d'ocupació per a col·lectius amb especials dificultats d'inserció laboral, entre els quals hi ha incloses les persones immigrants”.

La “Proposta de reforma de l'EAC”, segons els treballs de la ponència redactora (primera lectura, maig 2005) pot suposar avenços importants en matèria competencial en l'àmbit de la immigració, seguint la línia d'algunes propostes que ja s'havien defensat amb anterioritat en documents preparats pel SOC per al grup de treball creat en el si de la Secretaria d'Immigració per a l'estudi de la reforma del Reglament d'estrangeria, i també en sintonia amb les conclusions de la Comissió III (“Immigració i marc jurídic”) del II Congrés de la Immigració de Catalunya, organitzat per UGT-AMIC i que va tenir lloc a Reus els dies 19 i 20 d'abril de 2004, en la qual vam intervenir com a ponents. En el Congrés es va demanar aprofitar la reforma de l'EAC per reclamar competències autonòmiques en matèria d'immigració, i també es va reclamar agilitar “els tràmits de

les autoritzacions de treball, per assegurar que les ofertes que es fan als treballadors estrangers puguin ser realment cobertes per aquests en un temps prudencial”.

Des de la perspectiva laboral, la redacció proposada de l'article dedicat a les competències en matèria d'immigració és certament important, perquè es reconeix la competència en temes d'execució de la legislació estatal i europea en matèria de treball d'estrangers, que inclourà en tot cas:

“a) La tramitació i resolució dels permisos i autoritzacions de treball per compte propi o d'altri.

b) La tramitació i resolució dels recursos presentats en relació amb aquests expedients, així com l'emissió dels informes legalment establerts sobre la situació laboral dels estrangers, i l'aplicació del règim d'inspecció i sanció.

c) La selecció de treballadors estrangers als seus països d'origen amb destinació a Catalunya” (sobre aquest apartat, el grup parlamentari socialista ha fet constar la seva reserva pel que fa a la incorporació al text que finalment s'aprovi).

També des de la perspectiva laboral, el text proposa que correspongui a la Generalitat la fixació, en el marc de la comissió bilateral amb l'Estat:

“a) De l'establiment del nombre, el lloc d'origen i la capacitació professional del contingent de persones immigrants específic de Catalunya, d'acord amb les necessitats i previsions de treball i desenvolupament econòmic.

b) De les decisions estatals sobre immigració, tant les relatives a les normes sobre estrangeria com als acords internacionals, i dels actes executius de transcendència especial per a Catalunya”.⁴

⁴ El grup parlamentari de CiU ha presentat un text alternatiu que és objecte d'estudi en segona lectura, i que és el següent: “Article (). La Generalitat participa en la política d'immigració a Catalunya en els termes que determini un Acord de Cooperació amb l'Estat. Aquest acord ha de garantir a la Generalitat, en tot cas:

En relació amb les competències autonòmiques en matèria d'immigració, cal no oblidar la referència al Decret 188/2001, de 26 de juny, dels estrangers i la seva integració social a Catalunya. La norma té com a finalitat sistematitzar de manera ordenada les competències autonòmiques en matèria d'immigració, amb l'objectiu polític de consolidar els processos d'integració ja iniciats i portar a terme una política que faciliti la plena integració dels immigrants estrangers a la societat catalana, perquè no hem d'oblidar el ventall competencial autonòmic existent en matèries connexes amb la immigració com són la sanitat, l'ensenyament, el benestar social, la infància o la formació ocupacional i l'ocupació. Més concretament, i des del pla tecnicojurídic, la norma té com a finalitat aplicar en l'àmbit autonòmic la Llei orgànica 4/2000, modificada per la Llei orgànica 8/2000.

a) L'establiment del nombre, lloc d'origen i capacitat professional del contingent de persones immigrants específic de Catalunya, d'acord amb les necessitats i previsions de treball i desenvolupament econòmic.

b) La selecció dels immigrants en el seu lloc d'origen, mitjançant oficines pròpies o altres mecanismes que s'estableixin.

c) Informar amb caràcter previ i vinculant del lliurament dels permisos de residència relatius a l'àmbit laboral.

d) L'exercici de les funcions executives previstes a la legislació d'estrangeria en matèria de permisos de residència i d'ordres d'expulsió, i de tots els altres procediments administratius relatius a la immigració.

e) La participació de la Generalitat en l'elaboració de les disposicions normatives de l'Estat, les propostes de regulació europea i els projectes de convenis internacionals relatius a la immigració i el règim d'estrangeria.

Article (). Per a l'efectivitat d'aquest marc de cooperació es crea una subcomissió especial Estat-Generalitat en el si de la Comissió Bilateral, mitjançant la qual s'establiran els termes dels convenis de cooperació i es vetllarà per la seva aplicació garantint en tot cas els principis establerts en l'apartat anterior”.

Per la seva banda, la proposta presentada pel grup socialista, a la qual s'afegeix el grup popular, és la següent:

“La participació, a través de la comissió bilateral Estat-Generalitat i, si s'escau, d'altres mecanismes multilaterals, en les decisions estatals sobre immigració, tant en les relatives a les normes sobre estrangeria i acords internacionals en la matèria com en els actes executius d'especial transcendència per a Catalunya.

Aquesta participació inclou la intervenció del Govern de la Generalitat en el procés de selecció en origen de treballadors estrangers (des dels seus països d'origen) amb destinació a Catalunya i la intervenció preceptiva, prèvia i conforme a les necessitats del mercat laboral de Catalunya en el procés de fixació del contingent de treballadors estrangers. [Amb caràcter previ a la fixació del contingent de treballadors, la Generalitat remetrà al govern central, perquè sigui tingut en compte, un informe sobre les necessitats laborals de Catalunya, tant pel que fa als sectors que en necessiten com al nombre de persones (i les condicions necessàries per a la seva millor adaptació (integració) social).]”

Així, i sempre en l'àmbit del que es disposa en la normativa estatal, en l'art. 2 es regula el dret de participació en els afers municipals; l'art. 3 fa referència al dret a l'assistència jurídica gratuïta; en l'art. 4 es reconeix el dret a l'educació bàsica, gratuïta i obligatòria per als menors que siguin a Catalunya; per l'art. 5 es proporciona cobertura als drets laborals al treball i a la formació i es disposa una intervenció de la Inspecció de Treball i Seguretat Social que en garanteixi l'exercici; en l'art. 6 es regula el dret d'accés com a personal laboral a les administracions públiques sense que es pugui establir cap diferència per raó de nacionalitat que vulneri els principis constitucionals d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat; en l'art. 7 es garanteix el dret a l'assistència sanitària; en l'art. 8 es disposa la concessió d'ajudes en matèria d'habitatge en igualtat de condicions que els altres ciutadans; en l'art. 9 es regula el dret als serveis i prestacions socials; en l'art. 10 s'obliga els poders públics a fomentar la integració i participació dels immigrants en el teixit associatiu; finalment, l'art. 11 inclou una clàusula genèrica per la qual s'obliga les administracions públiques catalanes a aplicar la normativa vigent en matèria d'estrangeria sense que existeixi cap mena de discriminació.

5. Anàlisi dels aspectes laborals del pla català de ciutadania i integració

Perquè els poders públics encaixin la política d'ocupació activa i passiva en l'àmbit autonòmic té una importància transcendental el nou Pla de ciutadania i integració de la Generalitat de Catalunya. Des de la perspectiva d'aquelles qüestions que interessen els àmbits laborals, volem destacar els aspectes següents:

En parlar de la immigració europea, el Pla emfasitza que en la majoria dels països de la UE “la immigració de caràcter econòmic predomina notablement sobre la immigració per altres motius. El caràcter eminentment laboral es tradueix en alts nivells de participació en l'activitat econòmica”.

Sobre la ubicació dels estrangers, el document constata que les causes dels comportaments “tenen a veure amb el sector econòmic en què s'incorporen els estrangers i els efectes de les xarxes migratòries, que generen una concentració de la població estrangera per comunitats d'origen”. Cal destacar també que l'edat mitjana de la població estrangera és de 31 anys, respecte als 41,5 de la població catalana.

Si ens fixem en el tipus d'activitat professional, cal destacar que els estrangers tendeixen a dedicar-se “a treballs de menor qualificació, peonatge o servei domèstic”, i és del tot rellevant destacar que “aquesta ubicació en els nivells més baixos del mercat es produeix amb independència del nivell de formació, força similar al de la població en conjunt”. L'anàlisi del Pla i dels estudis del CERES-CONC permet concloure que “els immigrants en una situació administrativa regular i donats d'alta a la Seguretat Social sembla que poden accedir a una incipient mobilitat laboral ascendent, cosa que no sembla que pugui ocórrer entre els estrangers sense papers”.

Davant la nova realitat, el document constata la necessitat de formació dels professionals, però subratlla que encara queda personal per formar, entre altres àmbits en l'ocupació, i que “els serveis facilitadors de comunicació no han arribat a tots els sectors (salut i ocupació en són deficitaris) ni a tot el territori”.

Per accedir al SOC i als cursos de formació ocupacional es demana tenir l'autorització per treballar. Sobre aquesta qüestió, el document manifesta que “cal també trobar mecanismes que permetin seguir uns itineraris d'integració laboral per a aquelles persones que es troben en situació d'irregularitat, en els quals es formi i s'informi sobre habilitats socials, d'entorn, de llengua, etc.”.

Entre els objectius del Pla hi ha el d'aconseguir els anomenats *serveis normalitzats*, és a dir, que es faciliti l'accés de la població immigrant als serveis generals, i “només quan sigui necessari promourà serveis o accions específiques i de manera transitòria per donar solucions a les necessitats que són fruit de la seva condició d'estranger”.

Quant a les reformes que es proposen al marc legislatiu de l'Estat, el Pla demana que es promoguin mecanismes que “permetin documentar les persones en situació administrativa irregular, via arrelament social i laboral, de manera eficaç i flexible”, així com “incrementar mecanismes de coordinació interadministrativa en les tasques d'inspecció de condicions de treball” i (molt important segons la nostra opinió) “promoure modificacions als requeriments per accedir a les polítiques actives d'ocupació”. En la mateixa línia, el defensor del poble, amb motiu de la presentació de l'Informe anual 2004 al Congrés dels Diputats, el 19 de maig, ha manifestat la seva

satisfacció perquè el nou reglament “consolidi el concepte d’arrelament laboral com a via d’accés a l’autorització de treball i residència des de situacions d’irregularitat”.

En l'àmbit competencial de Catalunya, es reclama la participació autonòmica en la gestió de les polítiques d'immigració, de manera que es tingui “un paper actiu en la presa de decisions sobre el contingent i els procediments per a la seva regularització i gestió”. Tot això s'hauria de fer mitjançant la Xarxa d'Intermediació Laboral en origen (XILA). L'objectiu és que la XILA, en estreta col·laboració amb les ambaixades i els consolsats espanyols a l'estranger, gestioni i busqui en origen persones per cobrir els llocs de treball que ofereixen les empreses a Catalunya “i als quals el SOC no pugui donar una resposta adequada”. El Pla també proposa que la XILA pugui organitzar accions formatives al país d'origen, “destinades als treballadors i treballadores que s'han d'incorporar al contingent, així com als que busquen feina temporal”, i a més que en els casos dels visats de cerca de feina de tres mesos, “el SOC podrà oferir formació i l'oferta de serveis generals a les persones que vinguin a Catalunya amb aquest visat”.

A l'efecte del nostre dictamen, i en relació amb aquest apartat del Pla, cal recordar que la XILA troba el seu origen en el Decret 156/2003, de 10 de juny, de regulació de les oficines de la Generalitat a l'exterior. Entre les seves funcions, destacaven les de coordinació de la XILA. Aquesta norma va ser modificada pel Decret 332/2004, de 20 de juliol.

La nova norma es dicta per donar una resposta legal adequada al plantejament del conflicte de competències formulat pel Govern de l'Estat contra alguns preceptes del Decret 156/2003, al qual el Govern autonòmic va respondre favorablement de manera parcial. En l'àmbit que ens interessa comentar, el govern espanyol manifestava que l'article 5.3 vulnerava les competències estatals en matèria d'immigració, emigració i estrangeria, queixa a la qual el govern català va respondre amb l'argument, recollit en la introducció del text articulat, que la norma autonòmica no pretenia incidir en la política migratòria competència de l'Estat, sinó que només es pretenia “informar de les possibilitats d'immigració legal vinculada a l'accés del mercat laboral i facilitar la integració social de l'immigrant”.

Perquè quedi constància expressa de la voluntat del nou Govern autonòmic de donar per acabat el debat, es modifica el Decret esmentat, per deixar clar que la Generalitat no envaeix competències estatals. D'aquesta manera, es formula una manifestació expressa en el nou preàmbul del fet que la funció de representació exterior correspon a l'Estat, i es modifica el text articulat, en el qual es disposa que les oficines autonòmiques a l'exterior tindran atribuïdes les funcions, entre altres, de coordinació de les delegacions vinculades a organismes que depenen de la Generalitat al territori on estiguin situades, així com les de coordinació i impuls de les actuacions de la Xarxa d'Intermediació Laboral (XILA) d'informació sobre la situació del mercat de treball.

Perquè no hi hagi problemes competencials, el Pla planteja que el SOC proposi al Ministeri d'Afers Estrangers “signar un conveni de col·laboració per a cada país on s'ofereixi el servei, en el qual s'especificaran les tasques que es duran a terme i el reconeixement d'aquestes mateixes tasques per part de l'Estat”.

Finalment, un dels programes previstos d'actuació, en l'àmbit de les polítiques d'igualtat, és el de la millora de la capacitat individual per mitjà de polítiques actives d'ocupació. El seu objectiu general haurà de ser “dur a terme actuacions destinades a facilitar la mobilitat professional i l'accés a les polítiques actives d'ocupació a les persones estrangeres que tinguin reconegut el dret de treballar a Espanya”. Entre els seus objectius específics s'inclou “el desenvolupament d'accions integrades d'ocupació per als col·lectius amb dificultats especials d'inserció laboral” i es fa esment del col·lectiu de persones immigrades. L'objectiu és possibilitar la seva integració sociolaboral i també impulsar “les polítiques d'igualtat amb una actuació específica per a dones immigrants, sempre que tinguin reconegut el dret a treballar”.

6. L'encaix de la política espanyola d'immigració en l'àmbit comunitari

La política comunitària sobre la qual s'ha de basar la normativa espanyola és bàsicament la continguda en el nou programa comunitari de consolidació de la llibertat, la justícia i seguretat a la UE, aprovat a La Haia els dies 19 i 20 de novembre de 2004 i que ha estat desplegat molt recentment amb la presentació de dues comunicacions de la Comissió, de 6 d'abril i de 10 de maig. A la primera es proposa un programa marc de solidaritat i de gestió dels fluxos migratoris per al període 2007-2013, amb la previsió

de la creació d'un Fons europeu per a les polítiques d'integració, mentre que a la segona s'estableixen deu prioritats que s'han d'assolir en el pròxim quinquenni. La relació de la immigració amb el mercat de treball és clara i evident: els documents comunitaris valoren l'aportació dels immigrants a llarg termini en les societats d'acollida, preveuen l'adopció de mesures que facilitin la integració social, cultural i política dels immigrants, i es plantegen d'una manera especial l'adopció de polítiques comunitàries (tot i respectar el dret de cada Estat membre a fixar quotes d'entrada al país) d'admissió de migrants molt estretament relacionades amb la fluctuació de la demanda de treball al mercat laboral. Es tracta, en suma, d'establir les bases d'una política europea d'immigració que reguli l'accés de manera ordenada a cada Estat i al seu mercat de treball, que es caracteritzi pel fet d'evitar canvis radicals i en curts espais temporals de la normativa aplicable, i que tingui en consideració la importància de la immigració qualificada per corregir desajustaments del mercat de treball (encara que, com hem vist anteriorment, a Espanya el pes de la immigració no qualificada, o filant encara més prim, el nombre de persones que es troben en els grups baixos de cotització a la Seguretat Social, continua sent molt important, en sintonia amb els països del sud d'Europa i a diferència del que passa a l'Europa nòrdica i central). Es tracta, en definitiva, i tal com va acordar el Consell de Justícia i Afers d'Interior de 19 de novembre de 2004, d'aprovar uns principis comuns per a una política d'integració dels immigrants a la UE, i posar de manifest que "l'ocupació és una part fonamental del procés d'integració, una manera de fer visible la seva contribució a la societat d'acollida".

Un primer i molt important desplegament de la nova política d'immigració europea es troba al Llibre verd de la Comissió sobre la gestió de la immigració econòmica, d'11 de gener de 2005, que té com a finalitat obrir el debat sobre quines són les normes comunitàries més adequades per regular l'admissió d'immigrants econòmics i per destacar el seu valor afegit. Es preveu que la Comissió a finals d'aquest any presentarà un pla sobre els criteris que s'han de seguir per procedir a l'esmentada admissió.

El Llibre verd respecta, com no podia ser de cap altra manera, el marc jurídic vigent, la responsabilitat de cada Estat per decidir sobre el nombre d'immigrants admesos, però també emfatitza que les decisions sobre l'admissió de nacionals de tercers països en un Estat membre afecten els altres Estats membres, per la qual cosa és convenient adoptar,

de manera gradual, “normes i criteris comuns i transparents a la UE en matèria d'admissió d'immigrants econòmics”. El Consell de Ministres del 14 d'abril passat proposava la creació d'un sistema d'informació mútua quan un Estat adopti decisions que tinguin un indubtable impacte sobre la resta.

Des de la perspectiva laboral, que és l'eix central del nostre dictamen, el Llibre verd destaca la importància d'atreure immigrants al mercat de treball europeu per satisfer les necessitats del nostre mercat laboral, i es planteja que l'esmentada atracció ha d'estar estretament vinculada a l'adopció d'un estatut jurídic segur i d'un conjunt de drets garantits que contribueixin a la integració dels admesos. No tenen certament poca importància les qüestions que es deixen obertes al Llibre verd per ser debatudes i discutides, relacionades amb la posada en qüestió de la denominada *preferència comunitària per a l'ocupació*. D'aquesta manera, hi ha tres preguntes que volem subratllar: d'una banda, ¿l'admissió de nacionals de tercers països al mercat laboral de la UE ha d'estar condicionada a l'existència d'una vacant concreta d'ocupació? ¿Podria admetre un Estat membre sense aquesta condició? D'altra banda, ¿caldrà preveure la possibilitat d'un permís de sol·licitant d'ocupació? Com es pot comprovar, són preguntes que impacten directament sobre el debat actual a Espanya amb motiu del procés de regularització de treballadors estrangers i de la reforma del reglament d'estrangeria, i que sens dubte també poden afectar la futura regulació d'una llei orgànica que modifiqui la Llei 4/2000, tantes vegades modificada. Aquesta futura regulació no apareix de moment en l'horitzó immediat, ja que, com va afirmar el president de Govern espanyol durant el debat de l'estat de la nació, no figura entre els objectius prioritaris del govern, tot i que no va descartar que pogués ser una qüestió que es pogués abordar al llarg de la legislatura.

7. D'Interior a Treball. La laboraltzació de la política d'estrangeria

La política d'immigració del govern sorgit de les eleccions legislatives del 14 de març de 2004 ha fet èmfasi en la qüestió laboral, a diferència de l'etapa política anterior, en què el centre de l'esmentada política se situava en l'àmbit d'interior. En efecte, en el període 2000-2004 es va donar prioritat als aspectes d'ordre públic i de control de la immigració i les polítiques d'integració social van adoptar un caràcter subsidiari. La materialització jurídica d'aquest canvi es concreta amb l'adscripció orgànica de les

competències en matèria d'immigració al Ministeri de l'Interior. D'una banda, es crea en aquest àmbit la Delegació del Govern per a l'Estrangeria i la Immigració (Reial decret 683/2000, d'11 de maig). De l'altra, la nova estructura orgànica del Ministeri de l'Interior, aprovada pel Reial decret 1449/2000, de 28 de juliol, li atribuïa la formulació de la política del govern en relació amb l'estrangeria, la immigració i la política d'asil, així com la coordinació i l'impuls de totes les actuacions que es realitzessin en aquestes matèries.

El canvi d'orientació política es concreta amb l'atribució al Ministeri de Treball i Afers Socials, pel Reial decret 562/2004, de 19 d'abril, del desplegament de la política del govern en matèria d'immigració, emigració i asil, i amb la creació en el seu àmbit de la Secretaria d'Estat d'Immigració i Emigració. D'aquesta manera, les competències en matèria d'immigració del Ministeri de l'Interior, segons el Reial decret 1599/2004, de 2 de juliol, queden limitades a l'àmbit de l'actuació policial, així com les referides a l'asil, refugi, règim d'apàtrides i atenció a refugiats. El canvi d'orientació de la política governamental ha estat valorat positivament pel defensor del poble en el seu informe anual corresponent al 2004, abans esmentat, ja que “segueix el principi correcte i permet visualitzar les qüestions relacionades amb l'estrangeria i la immigració des d'una perspectiva més àmplia i integradora”.

8. El Reial decret 2393/2004, que serà objecte d'estudi detallat més endavant, és un clar exemple d'aquesta vocació de vincular immigració amb mercat de treball, sense perjudici de tenir també en consideració altres situacions no laborals que habilitarien per incorporar-se de manera regular al territori espanyol, bàsicament els processos de reagrupament familiar. El text destaca el caràcter eminentment econòmic dels fluxos migratoris, vincula la regularitat de la situació administrativa de l'immigrant al fet de tenir una autorització de residència i també, en la majoria dels supòsits regulats i que són els que ens interessen en aquest dictamen, de treball. També, en plena sintonia amb la normativa comunitària més recent, fa èmfasi en la situació laboral de la persona estrangera com a element central per a la seva integració, ja que la situació regular laboral “és la via d'accés a un nivell digne i estable, de reconeixement social i, en definitiva, l'element que condiciona la seva participació social”. Tal com s'exposa en la introducció, “en l'arquitectura del sistema migratori actual, l'admissió de nous immigrants al nostre país està basada fonamentalment en la cobertura de llocs de treball

i, llevat dels supòsits previstos per circumstàncies excepcionals i pel pas des d'una situació de residència o d'estada per recerca o estudis fins a una autorització de residència i treball, els immigrants que vulguin portar a terme una activitat laboral han de venir d'origen amb un visat que els habiliti per treballar o per buscar una feina”.

Per mitjà d'aquesta norma es deroga el Reial decret 864/2001, de 20 de juliol. Tot seguit explicarem les característiques d'aquest últim decret, a l'efecte de tenir una visió de conjunt sobre el marc anterior i que la normativa vigent ha modificat.

El Reglament va entrar en vigor l'1 d'agost i deroga el RD 155/1996, de 2 de febrer. El capítol I regula el règim d'entrada i sortida del territori espanyol; el capítol II es dedica al règim jurídic de les situacions dels estrangers a Espanya; el capítol III, el més important a efectes de les polítiques d'ocupació i laborals, és el que tracta sobre el permís de treball i els règims especials; el capítol IV regula les infraccions en matèria d'estrangeria i el seu règim sancionador; finalment, el capítol V aborda la cada vegada més important coordinació dels òrgans de l'Administració General de l'Estat en aquesta matèria. En total, són 147 articles, acompanyats de deu disposicions addicionals, dels quals cal fer menció, de manera sumària, òbviament, dels aspectes més rellevants que afecten la política laboral.

a) En el preàmbul es fa referència, cosa que al nostre entendre no és gaire encertada quan s'examina amb detall tot el text, al fet que “han estat simplificats els procediments administratius de concessió dels diferents permisos de residència i de treball”.

b) Un requisit bàsic ineludible per entrar legalment a Espanya per a molts ciutadans extracomunitaris és tenir el visat vàlid quan aquest sigui exigible. No necessitaran visat, per a estades de menys de tres mesos en un període de sis o per a trànsits de menys de cinc dies, “els nacionals de països amb què se n'hagi acordat la supressió, en la forma i les condicions establertes en els acords corresponents”. En la documentació requerida per demanar un visat s'hi ha d'adjuntar (art. 11.1 b) la justificació de ser beneficiari d'una assegurança de viatge que cobreixi “durant tot el temps d'estada [...] les despeses mèdiques i la repatriació associades a un accident o a una malaltia sobtada”.

La concessió de visats s'ajustarà, entre altres aspectes, al compliment “de la política

exterior del Regne d'Espanya i d'altres polítiques públiques espanyoles o de la Unió Europea, com la política d'immigració, la política econòmica i la de seguretat ciutadana” (art. 27.3 LO 4/2000 reformada, i art. 19.1 del Reglament).

És important destacar que es podrà prorrogar l'estada més enllà dels tres mesos quan concorrin circumstàncies de caràcter humanitari, familiar, d'atenció sanitària o d'interès públic que ho justifiquin.

c) Concessió de permís de residència temporal (més de 90 dies i menys de cinc anys) a qui acrediti una permanència continuada, sense permís de residència, en territori espanyol durant un període mínim de cinc anys (art. 41.2. c Reglament); també es podrà concedir (vid. art. 31.4 de la Llei 4/2000 reformada) a qui acrediti la permanència continuada a Espanya durant un període mínim de tres anys i es trobi en una situació excepcional i acreditada d'arrelament, i segons l'art. 41.2 d) del Reglament, es prendran com a criteris per valorar aquest concepte els següents: la incorporació real al mercat de treball i els vincles familiars amb estrangers residents o amb espanyols. També es podrà concedir “a les persones que col·laborin amb les autoritats administratives i judicials espanyoles, o a les persones en què concorrin raons d'interès nacional o de seguretat nacional que justifiquin la necessitat d'autoritzar la seva residència a Espanya”. L'art. 53 regula l'extinció del permís de residència temporal, entre altres motius, quan el resident estranger deixi de disposar de “recursos econòmics o mitjans de vida suficients, excepte precisament si el permís de residència hagués estat atorgat per circumstàncies excepcionals”.

d) El permís de residència permanent es concedirà als estrangers que acreditin haver residit legalment i de manera continuada a Espanya durant cinc anys, com també, entre altres, als que siguin beneficiaris d'una pensió contributiva de jubilació o d'una pensió contributiva per incapacitat permanent absoluta o gran invalidesa. Cal observar que queden fora d'aquesta possibilitat els que només perceben prestacions no contributives o rendes d'assistència social.

e) El capítol tercer del Reglament regula el permís de treball i els règims especials. Quant a la determinació “del nombre i les característiques de les ofertes de treball que anualment puguin ser cobertes per treballadors estrangers”, es considerarà la situació del

mercat de treball nacional i es valoraran les ofertes que les organitzacions empresarials presentin, en cada àmbit territorial, perquè entenen que no es poden cobrir al nostre país. El nombre final del contingent, si n'hi ha, l'adoptarà el MTAS tenint en compte "l'estimació del nombre d'ofertes a les quals no s'aplica la situació nacional d'ocupació". També es valoraran totes les ocupacions que podran ser cobertes potenciant tant el reagrupament familiar com per persones exceptuades de l'obligació d'obtenir permís de treball.

Hem de comentar dues observacions importants que es recullen en els números 8 i 9 de l'art. 65. El contingent s'adreça a "estrangers que no es trobin ni siguin residents en territori espanyol", i quan es fixi per al servei domèstic "es tindran en compte les condicions especials d'aquesta relació laboral". Per la seva banda, el núm. 7 disposa que, a l'efecte de la selecció dels treballadors estrangers, es tindran en compte, "si és procedent", els convenis o acords internacionals subscrits en aquesta matèria.

Sembla que el contingent no serà el límit per permetre l'accés al mercat de treball dels estrangers, ja que l'art. 70 es refereix a la concessió inicial de permisos de treball per compte d'altri i s'afirma que es tindran en compte determinats elements, sense perjudici del que estableixin altres preceptes. L'oferta de treball haurà d'haver estat tramitada davant del servei públic d'ocupació i no haver pogut ser coberta o bé per espanyols o per comunitaris o estrangers autoritzats per treballar. És important assenyalar que l'art. 71.1 h) disposa que no es considerarà la situació nacional d'ocupació per a la concessió de permís de treball, per un any, als estrangers que acreditin, entre altres coses, disposar d'un permís de residència temporal per haver pogut acreditar una permanència continuada a Espanya, sense permís de residència anterior, durant un període mínim de cinc anys.

f) El permís de treball es pot denegar, entre altres supòsits, quan ho aconselli la situació nacional d'ocupació o quan l'empresa hagi amortitzat llocs de treball que pretén cobrir en els dotze mesos anteriors per acomiadaments declarats nuls o improcedents, o "quan concorri qualsevol altra causa que sigui considerada motiu suficient per l'autoritat competent, mitjançant resolució degudament motivada".

g) Quant a la concessió de permisos de treball per temporada, que no podran excedir de

nou mesos i es podran limitar a un àmbit geogràfic i a una activitat concreta, serà també requisit previ que les ofertes no les puguin cobrir treballadors residents a Espanya, i a més el treballador estranger es compromet a tornar al seu país d'origen una vegada finalitzat el contracte i tindrà prioritat per ser contractat novament en la mateixa activitat, així com per poder accedir a un permís de treball de tipus B inicial quan hagi treballat en temporada més de quatre anys consecutius.

h) També dins de la categoria de règims especials, l'art. 79 regula les autoritzacions per treballar que es concediran, entre altres, als estrangers titulars d'un permís de residència temporal per raons excepcionals o d'arrelament constatat. La durada de l'autorització coincidirà amb la vigència de la del permís de residència i podrà ser renovada “amb l'acreditació prèvia d'haver obtingut la renovació del permís de residència per circumstàncies excepcionals”. (Cal recordar que la validesa inicial d'aquest permís no pot superar un any, i que es podrà renovar per dos períodes de dos anys cada un si subsisteixen les circumstàncies que en van motivar la concessió inicial).

i) Si es tracta d'una primera concessió, la sol·licitud del permís de treball (art. 82.3) s'ha de presentar abans que comenci l'activitat laboral, “sense que l'exercici de la dita activitat pugui iniciar-se fins a la notificació de la concessió del permís corresponent”.

j) És important assenyalar que la renovació del permís de treball es concedirà a l'estranger que percebi una prestació contributiva per desocupació pel temps de la seva durada, així com quan “es percebi una prestació econòmica assistencial de caràcter públic destinada a aconseguir la seva inserció o reinserció social o laboral durant el termini de durada de la mateixa prestació”. Hem de pensar que un estranger que hagi gaudit d'un contracte de treball de curta durada i que després no pugui continuar en la vida laboral pot sol·licitar per exemple a Catalunya la PIRMI, sempre que compleixi uns requisits determinats. La percepció d'aquesta prestació és un títol vàlid per poder renovar el permís de treball mentre intenta accedir a una nova ocupació, en condicions de legalitat.

l) La secció 3a del capítol IV (Infraccions en matèria d'estrangeria i del seu règim sancionador), art. 133 i seg., regula les infraccions i sancions en l'ordre social i vigilància laboral, supera les desconexions i irregularitats existents entre la Llei 4/2000

reformada i el Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, de text refós de la LISOS, incorpora bona part del contingut dels preceptes de la LISOS i incrementa la quantia de les sancions, ja que les infraccions molt greus pel fet de donar feina a estrangers que no tinguin prèviament permís de treball se sancionaran, per cada un d'ells, amb una multa des d'un milió fins a deu milions. Cal recordar que les sancions es graduaran d'acord amb el grau de culpabilitat del subjecte infractor, dany produït o risc derivat de la infracció i de la seva transcendència. A l'efecte de la possible expulsió d'estrangers irregulars, és important assenyalar que l'art. 136 del Reglament disposa que, entre altres, la Inspecció de Treball i Seguretat Social “donarà compte a l'autoritat governativa dels supòsits d'infraccions relatives a l'entrada i permanència d'estrangers a Espanya de què tingués coneixement en l'exercici de les seves competències”.

SEGONA PART. LES SITUACIONS AMB QUÈ ES PODEN TROBAR ELS ESTRANGERS REGULARS A ESPANYA I LA SEVA INCIDÈNCIA SOBRE ELS SERVEIS PÚBLICS D'OCUPACIÓ

I. Introducció

Partint del principi establert a l'article 10 de la Llei orgànica 4/2000, segons el qual els estrangers que compleixin els requisits exigits per la Llei d'estrangeria tenen dret a exercir una activitat remunerada per compte propi o d'altri, en igualtat de condicions que els nacionals dels Estats membres de la Unió Europea i de l'Espai Econòmic Europeu, la regularitat o irregularitat administrativa està condicionada pel fet de tenir o no una autorització de residència i/o de treball, ja que és aquesta autorització la que determina la situació administrativa en què es troba el ciutadà estranger.

Si bé, tal com tot seguit tindrem ocasió d'apuntar, són diverses i amb un abast o incidència diferents les situacions en què es pot trobar un estranger documentat, per a la seva regularitat administrativa cal sempre que disposi d'una autorització de residència i/o de treball. Per això, quan es parla d'inclusió o d'exclusió, la situació laboral de la persona en qüestió és un element central, ja que la nostra societat està basada en l'ocupació, no només com a font bàsica d'ingressos, sinó també com a mecanisme integrador i de realització personal. De fet, és la via d'accés a un nivell de vida digne i estable; és la via de reconeixement i identitat socials, ja que la persona es reconeix a si mateixa i és reconeguda pel altres en relació amb l'ocupació que exerceix, i en definitiva és l'origen d'una xarxa de relacions socials i personals que condicionen la seva participació social.

La voluntat de vincular la immigració amb el mercat de treball –tot i no ser l'única via d'accés a la documentació administrativa que permet la regularitat, ja que se n'admeten d'altres no vinculades al mercat de treball, com ara el reagrupament familiar o les raons humanitàries– queda molt palesa en la regulació específica de les diferents situacions en què es pot trobar un estranger a Espanya i en la necessitat d'acreditar que es disposa d'un contracte de treball per un període mínim de sis mesos, en el cas del procés de

normalització tancat el 8 de maig de 2005, o que s'acrediti l'existència d'una o més relacions laborals la durada de les quals no sigui inferior a un any en el cas de l'arrelament, o, en definitiva, que s'ha sol·licitat en el país d'origen un visat que habiliti l'estranger per treballar o per buscar una ocupació.

Tot i que ja l'article 66 del RD 864/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament d'execució de la Llei d'estrangeria de l'any 2000, ara substituït pel RD 2393/2004, estableix que els estrangers més grans de 16 anys que volguessin exercir a Espanya qualsevol activitat lucrativa, laboral o professional, per compte propi o d'altri, havien d'obtenir la corresponent autorització administrativa per treballar i que això s'acreditaria mitjançant el corresponent permís de treball o d'algunes autoritzacions per treballar, ha estat el vigent Reglament d'estrangeria el que, sense cap mena de dubte, ha vinculat d'una manera més directa i efectiva, fora d'algun cas específic, l'estada regular a Espanya per un període superior als 3 mesos amb la tinença d'una autorització per treballar.

El mateix Reglament d'estrangeria ha fet una reordenació de les situacions en què es poden trobar els estrangers en situació regular. S'ha optat per una simplificació d'aquestes situacions i per una major claredat en l'exposició. Així, es poden destacar fins a quatre situacions amb caràcter ordinari: situació d'estada, situació de residència temporal, situació de residència temporal i treball i, en darrera instància, situació de residència permanent.

L'autorització inicial de residència temporal i de residència temporal i de treball té una durada d'un any, que podrà ser objecte de renovació per dos anys més fins a arribar als cinc anys. Després de dues renovacions és quan s'accedeix a la situació de residència permanent. Les condicions específiques de les renovacions de les autoritzacions, especialment de la de residència temporal i de treball, serà objecte d'explicació en un altre moment d'aquest dictamen.

Juntament amb aquestes situacions que hem considerat de caràcter ordinari, se n'inclouen unes altres amb caràcter especial, com és el cas dels treballadors transfronterers o els estudiants, els menors o els apàtrides, indocumentats i refugiats.

Cal tenir en compte, però, que, tal com s'estableix a la disposició transitòria 3a de la Llei d'estrangeria, els permisos o targetes que permeten entrar, residir i treballar a Espanya a les persones incloses dins de l'àmbit d'aplicació de la normativa d'estrangeria i que tinguin validesa en el moment d'entrada en vigor de la Llei d'estrangeria, la conservaran pel temps pel qual aquests hagin estat concedits.

Per la seva banda, també cal tenir en compte que hi ha col·lectius que estan exceptuats de l'obligació d'obtenir una autorització de treball per a l'exercici d'una activitat lucrativa, laboral o professional, sense que això els exclogui de l'accés als serveis d'ocupació, tot i que el principi general que es defensa en aquest dictamen és el fet de disposar d'una autorització per treballar com a requisit per a l'accés als serveis públics d'ocupació i, per tant, a la inscripció com a demandants.

Les excepcions a les autoritzacions de treball es recullen a l'article 68 del RD 2393/2004 i afecten, entre altres, col·lectius molt diversos: els tècnics, investigadors i científics estrangers convidats o contractats per l'Administració general de l'Estat, les comunitats autònomes, les universitats i els ens locals, que tinguin com a objectiu la promoció i el desenvolupament de la recerca promoguda o participada per aquests organismes; els professors, tècnics, investigadors i científics estrangers convidats o contractats per una universitat espanyola i el personal directiu o el professorat estranger d'institucions culturals o docents dependents d'altres Estats o entitats privades, de prestigi acreditat; els funcionaris civils o militars de les administracions estatals estrangeres que vinguin a Espanya en virtut d'acords de cooperació; els corresponsals de mitjans de comunicació estrangers; els membres de missions científiques internacionals que realitzin treballs i recerca a Espanya; els artistes que vinguin a fer actuacions concretes que no suposin una activitat continuada; els ministres religiosos i membres de la jerarquia de les diferents esglésies, confessions i comunitats religioses; estrangers que formin part dels òrgans de representació, govern i administració de sindicats i organitzacions empresarials; els espanyols d'origen que hagin perdut la nacionalitat espanyola, i els menors estrangers en edat laboral tutelats per entitats de protecció de menors competent.

II. Anàlisi de les situacions en què es pot trobar un estranger a Espanya

Tot seguit farem una anàlisi de les diferents situacions en què es pot trobar un estranger a Espanya i la seva incidència sobre els serveis públics d'ocupació.

1. La situació d'estada

La situació d'estada a què fan referència els articles 25 a 32 del Reglament d'estrangeria és aquella que autoritza l'estranger per romandre a Espanya per un període ininterromput o bé una suma de períodes successius, la durada total dels quals no pot excedir 90 dies per semestre, comptats a partir de la data de la primera entrada.

Per poder acreditar aquesta situació que permet a l'estranger gaudir d'un estatus de regular, cal disposar d'un visat d'estada. De fet, es distingeix entre dos tipus de visats: d'una banda, el visat d'estada per una durada curta, que permet l'estada fins a un màxim de 3 mesos amb una, dues o més entrades; i d'altra banda, el visat d'estada múltiple, que habilita l'estranger per a estades múltiples, la suma de les quals, com és obvi, no pot superar el límit abans esmentat de 90 dies per semestre, durant un any.

La situació d'estada, sempre limitada en el temps a un període màxim de 90 dies, permet a l'estranger no només estar en territori nacional de manera regular, sinó també moure's per l'àmbit dels Estats actualment membres de la UE i dels països que formen part de l'espai Schengen, per a la qual cosa caldrà disposar d'un visat uniforme o acreditar aquesta situació mitjançant la presentació del document d'identitat i de l'autorització d'entrada. Un cop superada la durada màxima d'aquest permís o autorització, si no es produeix el retorn previst, l'estranger passa a situació d'irregularitat pel fet de no disposar d'un document que acrediti la seva estada en condicions regulars i, per tant, està subjecte a una ordre d'expulsió cap al país d'origen i sense opcions d'accedir a una feina o un permís de residència.

Cal tenir en compte, a efectes dels serveis d'ocupació, que aquest permís o autorització d'estada no permet a l'estranger buscar feina ni tampoc sol·licitar l'autorització de residència i treball a Espanya, amb l'excepció prevista a l'art 39.4 de la Llei d'estrangeria, en el qual es fa referència als visats per a la cerca d'ocupació que s'estableixin per a determinats sectors d'activitat o ocupació en el marc del contingent de treballadors estrangers.

De fet, entre la documentació requerida per a la concessió del visat d'estada, s'exigeix acreditar una garantia de retorn al país de procedència, que s'ha de complir aportant un bitllet d'anada i de tornada amb una data tancada de retorn que no superi el límit establert per a aquest tipus d'autorització.

La sol·licitud d'aquest permís s'ha de fer personalment o mitjançant un representant degudament acreditat davant de la missió diplomàtica o oficina consular espanyola on l'estranger resideixi, la qual, si ho considera convenient, podrà sol·licitar la compareixença del sol·licitant i fins i tot mantenir una entrevista personal per comprovar-ne la identitat, la validesa de la documentació aportada, la regularitat de l'estada o residència al país sol·licitat, el motiu, l'itinerari, la durada i, molt especialment, les ja esmentades garanties de retorn en el termini màxim al país d'origen, així com la verificació d'aquest retorn en el supòsit que s'hagin emès visats d'aquest tipus amb anterioritat.

Així doncs, tenint en compte que en els casos dels visats d'estada no hi ha voluntat ni de treballar ni de residir al país d'acollida, excepte en el cas de visat per a la cerca de feina en els termes que seran objecte de comentari i anàlisi en un altre moment d'aquest dictamen, no hi ha accés de cap mena als serveis públics estatals i autonòmics d'ocupació.

2. La residència temporal

Es troba en aquesta situació, tal com s'estableix a l'article 34 del Reglament d'estrangeria, l'estranger que està autoritzat per romandre a Espanya per un període superior a 90 dies i inferior a 5 anys.

Dins de la situació de residència temporal, cal distingir dos tipus diferents de residència temporal: la residència temporal sense activitat laboral i la residència temporal i de treball, que serà objecte d'exposició en un moment posterior d'aquest dictamen, ja que no sempre la situació de residència temporal –i és important tenir-ho en compte a

l'efecte de l'accés o no als serveis públics d'ocupació– comporta en tots els casos l'autorització per realitzar activitats lucratives, laborals o professionals.

La diferència entre una situació i l'altra només afecta els motius o raons de l'autorització, ja que, mentre que en el primer cas s'accedeix a aquesta situació per poder residir legalment a Espanya, en el supòsit de la residència temporal i de treball l'objectiu és no només residir temporalment a Espanya, sinó també treballar-hi de manera regular. La durada en ambdós casos d'aquesta autorització inicial és la mateixa: un any.

Per poder accedir a la situació de residència temporal, tal com succeeix en el cas de la situació d'estada, cal sol·licitar el corresponent visat personalment davant de la missió diplomàtica o oficina consular espanyola on resideixi l'estranger. En aquests casos, excepcionalment, la missió diplomàtica o oficina consular espanyola on l'estranger resideixi podrà acceptar la presentació de la sol·licitud mitjançant representant legalment acreditat quan hi hagi motius fonamentats que obstaculitzin el desplaçament del sol·licitant.

Entre la documentació que el Reglament d'estrangeria exigeix aportar per poder accedir a aquesta autorització s'inclouen, a més del certificat d'antecedents penals o un certificat mèdic per acreditar que l'interessat no pateix cap malaltia que requereixi quarantena, documents que acreditin mitjans de vida suficients per atendre les despeses de manutenció i estada, incloent-hi, si s'escau, les de la família, durant el període que es vulgui residir a Espanya sense necessitat de desenvolupar cap activitat laboral.

Un cop presentada la sol·licitud, la missió diplomàtica o oficina consular davant de la qual s'ha tramitat l'autorització la traslladarà, per mitjans telemàtics si és possible i de manera simultània, al Ministeri d'Afers Estrangers i de Cooperació i a la delegació o subdelegació del Govern on se sol·licita la residència. Aquesta darrera, en el termini màxim d'un mes a partir de la recepció de la sol·licitud, resoldrà sobre la concessió o denegació de manera motivada, i traslladarà la resolució al Ministeri d'Afers Estrangers i de Cooperació i a la corresponent oficina consular o missió diplomàtica, la qual haurà d'emetre el corresponent visat en el cas que la resolució sigui favorable. Un cop recollit el visat, l'estranger podrà entrar dins del territori nacional en el termini màxim de 3

mesos. Un cop hi hagi entrat, haurà de sol·licitar personalment, davant de l'oficina corresponent, dins d'un termini d'un mes, la targeta d'identitat d'estranger, que serà emesa pel termini de validesa de l'autorització de residència temporal.

La situació de residència temporal és la situació en què es troben els estrangers que decideixen anar a Espanya com a destinació o lloc de residència (situació molt habitual en el cas de persones ja jubilades dels països del nord d'Europa que trien Espanya com a lloc de residència pel clima i les condicions de vida) i que tinguin recursos suficients per al seu sosteniment i, si s'escau, per al de la seva família, sense que existeixi la voluntat de treballar a Espanya.

Precisament, la falta d'aquest *animus laborandi* (desig de treballar) i la concessió d'una autorització de residència sense autorització per exercir una activitat laboral o professional exclouen aquests estrangers de l'accés als serveis públics d'ocupació.

Dins dels supòsits de residència temporal en principi sense autorització per treballar cal distingir dues subcategories: per reagrupament familiar i per circumstàncies excepcionals (on s'inclou la figura de l'arrelament).

2.1 Residència temporal per reagrupament familiar

Pel que fa a la residència temporal amb motiu del reagrupament familiar, d'acord amb l'article 38 del Reglament d'estrangeria, "es troba en situació de residència temporal, per raó de reagrupament familiar, l'estranger que hagi estat autoritzat a romandre a Espanya en virtut del dret al reagrupament familiar exercit per un estranger resident que hagi residit legalment a Espanya durant un any i hagi obtingut l'autorització per residir-hi almenys un altre any".

Al marge de delimitar, d'acord amb el que s'estableix a l'article 17 de la Llei d'estrangeria, quins són els familiars que poden ser objecte de reagrupament, el Reglament d'estrangeria distingeix entre el reagrupament familiar per residents reagrupats i la residència temporal independent dels familiars ja reagrupats.

Pel que fa al primer supòsit, el Reglament d'estrangeria es limita a establir que els estrangers que hagin adquirit la residència mitjançant reagrupament podran exercir ells el dret al reagrupament dels seus familiars, sempre que tinguin una autorització de residència i treball obtinguda independentment de l'autorització del que ha exercit el dret al reagrupament.

Cal tenir en compte que el permís o l'autorització de residència temporal per reagrupament no comporta en cap cas per si mateixa una autorització per treballar, per la qual cosa les persones en aquesta situació resten excloses dels serveis públics d'ocupació. Així doncs, caldrà disposar d'una autorització per treballar amb independència del permís de residència temporal vinculat al reagrupament.

Hem de fer esment també que, per accedir a la situació de residència i treball per compte d'altri o per compte propi partint d'una situació de residència, cal, d'acord amb l'article 96.1 del Reglament d'estrangeria, trobar-se a Espanya durant almenys un any i que l'empresari que vol contractar presenti la sol·licitud de residència i de treball i, en darrera instància, que es compleixin els requisits establerts a l'article 50 del mateix Reglament, excepte les lletres a) i f) d'aquest article. És a dir que no es valorarà que la situació nacional d'ocupació permeti la contractació del treballador estranger ni tampoc que no tingui antecedents penals a Espanya i als països anteriors de residència per delictes existents al nostre ordenament jurídic.

No obstant això, cal assenyalar, d'una banda, que el mateix article 96 permet accedir a la situació de residència i treball sense necessitat d'exhaurir l'any quan s'acrediti una necessitat per circumstàncies sobrevingudes de treballar per garantir la subsistència i, d'altra banda, que no s'aplica aquest termini d'un any en el cas dels estrangers en situació de residència per haver estat objecte de reagrupament, així com tampoc per al cònjuge que accedeix a una autorització de residència temporal independent.

En tots aquests casos l'eficàcia de l'autorització per treballar que es concedeixi estarà condicionada a l'afiliació i/o alta en la Seguretat Social en el termini d'un mes a partir de la notificació de la concessió.

Pel que fa a la residència temporal independent dels familiars reagrupats, el Reglament d'estrangeria preveu que el cònjuge pot accedir a aquesta autorització independent quan obtingui l'autorització per treballar, sense necessitat d'acreditar temps de convivència, o bé al cap de cinc anys de residència a Espanya si manté els vincles conjugals, sense necessitat de disposar d'autorització per treballar.

Per la seva banda, també es pot accedir a l'esmentada autorització independent si s'ha trencat el vincle matrimonial que va originar al reagrupament. També es pot accedir a l'autorització independent per separació de dret o divorci si s'acredita una convivència mínima de 2 anys, quan s'ha estat víctima de la violència de gènere o per mort del reagrupat.

Així doncs, en el cas de disposar d'un permís o autorització de residència temporal amb motiu de reagrupament familiar, per si mateixa aquesta situació no dóna accés als serveis públics d'ocupació i caldrà disposar d'una autorització per treballar que habilitarà el titular no només per exercir una activitat professional, sinó també per accedir als serveis públics d'ocupació.

2.2. Residència temporal per circumstàncies excepcionals

Una de les novetats més importants del Reglament d'estrangeria ha estat la regulació de les autoritzacions de residència temporal per circumstàncies excepcionals, recollides a l'article 45. Aquestes autoritzacions no seran plenament vigents, pel que fa a l'arrelament laboral, article 45. 2 a) del text esmentat, fins al cap de sis mesos de l'entrada en vigor del Reglament, és a dir, fins al 07.08.2005, un cop finalitzi el procés de normalització, la seva tramitació i resolució.

El mecanisme de l'arrelament laboral, social i/o familiar que es recull a l'article 45.2 del Reglament d'estrangeria apareix configurat com un mecanisme de regularització individualitzada d'estrangers que es troben a Espanya en algunes de les situacions descrites en aquest article 45.

A diferència del procés de normalització, les sol·licituds les haurà de presentar personalment l'estranger.

Dins de l'apartat genèric de concessió d'autorització de residència temporal per circumstàncies excepcionals es preveuen fins a tres supòsits diferents:

A) El primer és el pròpiament dit d'arrelament laboral.

Així, s'estableix que podran obtenir una autorització de residència temporal els estrangers que acreditin o compleixin tres requisits o condicions:

a) Acreditar la permanència continuada a Espanya durant un període mínim de dos anys. L'article 45.2 a), a diferència de la normalització, no parla en aquest cas d'empadronament.

b) No tenir antecedents penals a Espanya ni al país de origen.

En aquest sentit, l'article 46.2 a), article en què es regula el procediment per a la concessió d'aquestes autoritzacions, especifica que, si l'interessat és major d'edat, haurà d'aportar un certificat d'antecedents penals expedit per les autoritats del país o països en els quals hagi residit durant els darrers cinc anys anteriors a la seva entrada a Espanya.

c) Demostrar l'existència d'una o més relacions laborals, la durada conjunta de les quals no sigui inferior a un any.

A l'efecte d'acreditar aquest darrer requisit, s'exigeix –de conformitat amb allò que es disposa en l'article 46.2 b)– presentar una resolució judicial que ho reconegui, o una resolució administrativa confirmatòria de l'acta d'infracció de la Inspecció de Treball i de Seguretat Social.

Així doncs, per poder acreditar l'existència d'una relació laboral, que és la base fonamental de l'arrelament laboral, cal o bé denunciar l'empresa davant de les autoritats judicials perquè aquestes reconeguin la relació que uneix l'estranger i l'empresari en una relació juridicolaboral, a més de la corresponent sanció administrativa establerta a

l'article 149.4 del RD 2393/2004, consistent en una multa d'entre 6.001 € i 60.000 € [6.000-12.000 / 12.001-30.000 / 30.001-60.000] i el pagament de les cotitzacions degudes, o bé presentar una denúncia davant la Inspecció de Treball per poder disposar d'un títol jurídic on es faci constar aquesta circumstància.

El cost social i econòmic d'aquest supòsit és més elevat que el de la normalització, però està previst un increment considerable del nombre d'inspectors i d'inspeccions a empreses a aquest efecte per evitar, en la mesura que sigui possible, l'existència d'estrangers treballant en situació irregular en el marc de l'economia submergida. Segons dades del Ministeri de Treball i Afers Socials, es preveu dur a terme un total de prop de 472.000 actuacions a tot l'Estat fins a finals d'any, de les quals 69.996 es faran a Catalunya.

B) El segon supòsit de l'article 45 fa referència a l'arrelament ordinari, tot i que vinculat, tal com veurem, al món laboral.

Poden obtenir en aquest cas una autorització de residència temporal els estrangers que acreditin o compleixin els quatre requisits o condicions següents:

a) Acreditar la permanència continuada a Espanya durant un termini mínim de tres anys. Tampoc en aquest cas no es parla d'empadronament.

b) No tenir antecedents penals a Espanya ni al país d'origen, en els mateixos termes que vèiem abans (cal aportar un certificat d'antecedents penals expedit per les autoritats del país o països en què hagi residit durant els darrers cinc anys anteriors a l'entrada a Espanya).

c) Tenir un contracte de treball signat pel treballador i l'empresari, la durada del qual no sigui inferior a un any.

d) O bé acreditar:

– Vincles familiars amb altres estrangers residents, entenent per familiars el cònjuge, ascendents o descendents en línia directa, o bé:

– Presentar un informe que acrediti la inserció social. Aquest informe l'haurà d'emetre l'ajuntament en què tingui el domicili habitual.

És important destacar el paper que s'atribueix a l'ajuntament. A l'informe es faran constar, entre altres qüestions: a) el temps de permanència de l'interessat al seu domicili; b) els mitjans de vida de què disposa; c) el grau de coneixement de les llengües que s'utilitzen al territori; d) la inserció en les xarxes socials del seu entorn; e) els programes d'inserció sociolaboral públics o privats en què hagi participat; f) i altres dades que permetin determinar el grau d'arrelament. A més, es permet que els ajuntaments recomanin l'exempció de la necessitat de tenir un contracte de treball per concedir l'autorització sol·licitada si el sol·licitant acredita que disposa dels mitjans de vida suficients.

C) També s'ha d'indicar que dins de l'article 45.2 s'inclou un tercer supòsit, que és l'autorització de residència temporal per a un fill, el pare o mare del qual hagi estat originàriament espanyol. Aquest supòsit no està vinculat ni a un període o termini de permanència continuada a Espanya ni a l'acreditació d'una relació laboral prèvia o la disposició d'un contracte de treball.

És important tenir en compte que la concessió d'una autorització de residència temporal per circumstàncies excepcionals concedida en els supòsits d'arrelament, supòsits que acabem d'analitzar, amb l'excepció de la que es concedeixi als menors d'edat, comporta una autorització per treballar a Espanya durant la vigència de l'autorització, per la qual cosa l'accés als serveis públics d'ocupació en condicions d'igualtat amb els nacionals es produeix des de la mateixa concessió de l'autorització.

D) Ara bé, hi ha altres supòsits que preveu la norma i que expliquem a continuació.

a) L'article 45.4 del RD 2393/2004, encara dins de l'apartat dedicat a les autoritzacions de residència temporal per circumstàncies excepcionals, recull la possibilitat que es

pugui concedir una autorització per raons humanitàries quan: a) l'estranger hagi estat víctima d'un delictes contra els drets dels treballadors que es tipifiquen als articles 311 a 314 del Codi Penal, sempre que hi concorri la circumstància agreujant de comissió per motius racistes, antisemites o de qualsevol altra classe de discriminació tipificada en l'article 22.4a del mateix Codi; b) quan ens trobem davant de delictes per conductes violentes exercides en l'entorn familiar, en els termes previstos en la Llei 27/2003, de 31 de juliol, reguladora de l'Ordre de protecció de les víctimes de violència domèstica, sempre que hagi recaigut sentència per aquests delictes.

b) També es pot concedir una autorització d'aquest tipus (per raons humanitàries) als estrangers que acreditin patir una malaltia sobrevinguda de caràcter greu que requereixi assistència sanitària especialitzada, d'impossible accés en el seu país d'origen, i que el fet que sigui interrompuda o no rebre-la suposi un risc greu per a la salut o la vida. Per acreditar aquestes circumstàncies i, especialment, la necessitat de l'assistència, s'exigeix un informe clínic emès per l'autoritat sanitària corresponent.

c) En darrera instància, es pot concedir aquesta autorització, per la seva banda, als estrangers que acreditin que compleixen tots els requisits per a l'obtenció d'una autorització temporal de residència i de treball, però que el seu trasllat al país d'origen o d'on procedeixen, a l'efecte de sol·licitar el visat que els correspongui, pugui suposar o comportar un perill per a la seva seguretat i la de la seva família.

d) Es podrà concedir també una autorització de residència temporal a les persones que col·laborin amb les autoritats policials, administratives, fiscals i judicials o quan concorrin raons d'interès públic o de seguretat nacional que justifiquin la necessitat d'autoritzar la residència a Espanya. A aquests efectes, a l'article 45.5 del RD 2393/2004 s'estableix que aquestes autoritats administratives o judicials podran instar l'autoritat competent a concedir l'autorització de residència, o de residència i treball, a la persona que col·labori amb elles.

A diferència del que vèiem en el cas de l'autorització de residència temporal en cas d'arrelament, en què assenyalàvem que aquesta comporta la concessió d'una autorització de treball durant la seva vigència (1 any), en els altres supòsits d'autoritzacions de residència temporal per circumstàncies excepcionals (raons

humanitàries, col·laboració amb les autoritats administratives i/o judicials), la concessió de l'autorització de residència no comporta la concessió d'una autorització de treball, ja que l'estranger haurà de sol·licitar personalment aquesta autorització per treballar.

Aquesta sol·licitud es podrà presentar de manera simultània amb la sol·licitud de l'autorització de residència per circumstàncies excepcionals o bé durant la vigència d'aquesta autorització, i la seva concessió estarà condicionada al compliment dels requisits establerts en els paràgrafs b), c), d) i e) de l'article 50 –és a dir: que es garanteixi al treballador una activitat continuada durant el període de vigència de l'autorització de residència i de treball–; que les empreses sol·licitants hagin formalitzat la seva inscripció en el corresponent règim del sistema de Seguretat Social i es trobin al corrent del compliment de les seves obligacions tributàries i davant de la Seguretat Social –es podrà fer un requeriment a l'empresari perquè acrediti els mitjans econòmics, materials i personals de què disposi per al seu projecte empresarial–; que les condicions fixades en l'oferta s'ajustin a les establertes per la normativa vigent per a la mateixa activitat, categoria professional i localitat; i que es tingui la titulació, si s'escau, degudament homologada o que s'acrediti la capacitat exigida per a l'exercici de la professió.

Als efectes de l'accés i gaudiment dels serveis públics d'ocupació i, per tant, de la inscripció com a demandants d'ocupació en el cas de concessió d'una autorització de residència temporal per circumstàncies excepcionals, caldrà tenir molt en compte la raó per la qual s'ha concedit aquesta autorització, ja que, si bé l'accés és automàtic en el cas de l'arrelament, ja que en aquests casos l'autorització de residència temporal comporta l'autorització per treballar, en els altres casos l'accés als serveis públics d'ocupació estarà condicionat a la concessió de l'oportuna autorització per treballar, tant si se sol·licita de manera simultània com durant la vigència de l'autorització de residència temporal.

3. Residència temporal i de treball per als que resideixen fora d'Espanya

D'acord amb l'article 48 del RD 2393/2004: “Es troben en situació de residència temporal, amb autorització per treballar, els estrangers majors de 16 anys autoritzats a

romandre a Espanya per un període superior a 90 dies i inferior a 5 anys, i a exercir una activitat lucrativa, laboral o professional, per compte propi o d'altri”.

La concessió d'aquesta autorització de residència temporal i de treball està condicionada al fet de trobar-se fora de Espanya i, per tant, cal presentar la sol·licitud a les oficines consulars o missió diplomàtica del visat corresponent.

Dins del supòsit de residència temporal i de treball s'inclouen una sèrie de subcategories:

3.1 Residència temporal i treball per compte d'altri

L'autorització inicial de residència temporal i treball per compte d'altri habilita l'estranger que resideixi fora d'Espanya i que hagi obtingut el visat corresponent a iniciar una relació laboral per compte d'altri.

Cal tenir en compte no només que la durada d'aquesta autorització inicial serà d'un any, sinó que es podrà limitar a un àmbit geogràfic i a un sector d'activitat determinat, d'acord amb les instruccions i directrius emeses per la Secretaria d'Estat d'Immigració i Emigració.

A l'efecte de l'accés als serveis públics d'ocupació, la limitació pel que fa al sector d'activitat i, especialment, a l'àmbit geogràfic no ha de ser obstacle per a l'accés als serveis autonòmics d'ocupació, ni tan sols en les accions impulsades pels serveis d'ocupació que tinguin un perfil o una orientació específica per l'àrea geogràfica on aquest actua, ja que, més enllà del seu caràcter autonòmic, les accions són d'abast general i la limitació en l'autorització (per a un determinat sector i/o àmbit geogràfic) a què fem referència és reversible, ja que, d'acord amb el que s'estableix a l'article 99 del RD 2393/2004: “En el cas de les autoritzacions inicials, l'òrgan competent que va concedir l'autorització inicial per residir i treballar per compte d'altri o propi podrà modificar l'abast quant a l'activitat laboral i àmbit territorial autoritzat, sempre a petició del seu titular”.

La concessió d'una autorització de residència temporal i treball per compte d'altri estarà condicionada al fet que es compleixin els requisits establerts en l'article 50 del RD 2393/2004, d'una manera especial que la situació nacional d'ocupació permeti la contractació del treballador estranger, qüestió ja exposada en un altre moment d'aquest dictamen.

Per determinar aquesta situació, el Servei Públic d'Ocupació Estatal (SPOE) elaborarà trimestralment, amb la consulta prèvia a la Comissió Laboral Tripartida d'Immigració, un catàleg d'ocupacions de difícil cobertura per a cada província, amb la informació subministrada pels serveis públics d'ocupació autonòmics.

Aquest catàleg es convertirà, tal com hem tingut també ocasió d'apuntar anteriorment, en un dels instruments més eficaços de la gestió dels fluxos migratoris, que permetrà dotar de més seguretat jurídica una qüestió tan important com és la situació nacional d'ocupació i, especialment, la rigidesa amb què aquesta s'interpretava a vegades, i possibilitarà que es puguin cobrir d'una manera més àgil i ràpida les vacants per a les quals no hi ha demandants d'ocupació en les oficines de col·locació.

Tenint en compte que la qualificació d'una ocupació com de difícil cobertura implicarà la possibilitat de tramitar la corresponent autorització per treballar i residir de l'estranger, sense necessitat de tenir en consideració la situació nacional d'ocupació, sembla del tot lògic i fonamental que la informació subministrada pels serveis d'ocupació autonòmics sigui plenament incorporada al catàleg estatal, circumstància que sembla perfectament assumible, atès que, en la nova estructura de la política d'ocupació a Espanya, és l'autoritat autonòmica la sap en el seu territori quina és la situació real del mercat de treball.

3.2 Residència temporal i treball per compte d'altri de durada determinada

Per la seva banda, l'autorització de residència i treball per compte d'altri de durada determinada permet el desenvolupament d'activitats de temporada o de campanya, d'obres i serveis per al muntatge de plantes industrials o elèctriques, construcció d'infraestructures, edificacions, xarxes de subministrament elèctric, gas, de ferrocarrils i

telefònics, instal·lacions i manteniment d'equips productius, així com la seva posada en marxa i reparació, entre d'altres, i permet també el desenvolupament d'activitats de caràcter temporal realitzades per personal d'alta direcció, esportistes professionals, artistes en espectacles públics i altres col·lectius determinats pel Ministeri de Treball i Afers Socials i, en última instància, per a la formació i la realització de pràctiques professionals.

En aquests casos amb el límit d'un any, especialment en el cas dels supòsits de durada incerta, la durada de l'autorització de residència temporal i de treball coincidirà amb la durada del contracte de treball i no podrà ser objecte de renovació, sens perjudici de les possibilitats de pròrroga previstes en la legislació laboral.

Als requisits establerts a l'article 50, que serveix per a totes les subcategories d'autorització de residència temporal i de treball, s'afegeix, en aquest cas, el fet de disposar d'un allotjament adequat i que el treballador estranger es comprometi a tornar al seu país d'origen un cop finalitzada la seva relació laboral.

El visat de residència i treball per a aquest tipus d'activitats incorporarà l'autorització de residència i treball i se n'especificarà el caràcter temporal. Si un cop transcorregut un mes des de l'entrada a Espanya no existeix constància que el treballador autoritzat inicialment a residir i treballar ha estat afiliat i/o donat d'alta a la Seguretat Social, l'autoritat competent podrà resoldre l'extinció de l'autorització, d'acord amb el que s'estableix a l'article 75 del RD 2393/2004.

3.3 Residència temporal i treball per compte propi

Una altra de les vies d'accés a la regularitat administrativa és l'obtenció d'una autorització de residència i de treball per compte propi, supeditada, com és obvi, d'acord amb el que s'estableix a l'article 58, entre altres condicions, al fet de complir els mateixos requisits establerts per la legislació vigent per als nacionals per a l'obertura i funcionament de l'activitat projectada.

Per poder obtenir l'autorització de residència i de treball, s'exigeix, a més de tenir la qualificació professional exigible o experiència acreditada suficient per a l'exercici de

l'activitat professional i la col·legiació en el cas que aquesta sigui necessària, acreditar que la inversió prevista per a la implantació del projecte sigui suficient, així com la previsió que l'exercici de l'activitat produirà des del primer any recursos econòmics suficients almenys per a la manutenció i l'allotjament de l'interessat, un cop deduïdes les despeses necessàries per al manteniment de l'activitat.

La sol·licitud s'ha de presentar personalment davant de la missió diplomàtica o oficina consular amb la finalitat que, en cas que sigui resolta favorablement, es pugui obtenir el corresponent visat de residència i de treball. A partir de l'entrada legal a Espanya del treballador per compte propi, podrà iniciar la seva activitat professional i, dins del termini d'un mes, haurà de sol·licitar la targeta d'identitat d'estranger. Si en el moment de la sol·licitud de la targeta o al cap un mes des de l'entrada no existeix constància que el treballador s'ha afiliat i/o donat d'alta a la Seguretat Social, l'autoritat competent podrà resoldre l'extinció de l'autorització.

3.4 Residència temporal i prestacions transnacionals

D'acord amb l'article 63 del RD 2393/2004: "Es troba en situació de residència temporal i treball en el marc de prestacions transnacionals de serveis el treballador estranger que depengui, mitjançant expressa relació laboral, d'una empresa establerta en un Estat que no pertany a la Unió Europea ni a l'Espai Econòmic Europeu quan: a) el desplaçament temporal es produeixi per compte i sota la direcció de l'empresa estrangera, en execució d'un contracte establert entre aquesta empresa i el destinatari de la prestació de serveis que estigui establert o que exerceixi la seva activitat a Espanya; b) quan es tracti de desplaçaments temporals de treballadors des de centres de treball d'empreses establertes fora d'Espanya fins a centres de treball en territori espanyol d'aquesta mateixa empresa o d'una altra empresa del grup de què formi part; c) quan es tracti del desplaçament temporal de treballadors altament qualificats per a la supervisió o assessorament d'obres o serveis que empreses situades a Espanya vagin a realitzar a l'exterior".

Per poder accedir a aquest tipus d'autorització de residència i de treball, l'autoritat competent valorarà tres circumstàncies específiques: a) que la residència del treballador al país on es troba l'empresa que el desplaça sigui estable i regular; b) que l'activitat

professional del treballador estranger al país on se situa l'empresa tingui caràcter habitual i que s'hagi dedicat a aquesta activitat almenys, com a mínim, durant un any i hagi estat al servei d'aquesta empresa almenys nou mesos, i c) que l'empresa que desplaça els seus treballadors garanteixi els requisits i les condicions de treball aplicables d'acord amb allò que s'estableix en la Llei 45/1999, de 29 de novembre.

4. Residència permanent

Tal com s'estableix a l'article 71 del RD 2393/2004: "Es troba en situació de residència permanent l'estranger que hagi estat autoritzat a residir a Espanya indefinidament i a treballar en igualtat de condicions amb els espanyols".

Tenen dret a accedir a aquesta autorització de residència permanent els estrangers que acreditin haver residit legalment i de manera continuada en territori espanyol durant cinc anys. La continuïtat en la residència no quedarà afectada per les absències de territori de fins a 6 mesos sempre que la suma d'aquestes absències no superi el total d'un any dins dels cinc anys de referència.

La residència permanent també es concedeix als residents que siguin beneficiaris d'una pensió de jubilació, incapacitat permanent absoluta o gran invalidesa en la seva modalitat contributiva, incloses dins de l'acció protectora del sistema espanyol de Seguretat Social, o, en el cas de la situació d'incapacitat, quan es gaudeixi d'una prestació anàloga obtinguda a Espanya i consistent en una renda vitalícia, no capitalitzable, suficient per al seu sosteniment; als nascuts a Espanya que quan arribin a la majoria d'edat acreditin haver residit en territori espanyol de manera legal i continuada durant almenys els tres anys consecutius immediatament anteriors a la sol·licitud; que hagin estat espanyols d'origen i hagin perdut la nacionalitat espanyola; que en arribar a la majoria d'edat hagin estat sota la tutela d'una entitat pública espanyola durant els cinc anys anteriors de manera consecutiva; als apàtrides o refugiats que es trobin en territori espanyol i als quals s'hagi reconegut aquest estatus a Espanya; i en última instància, als estrangers que hagin contribuït notòriament al progrés econòmic, científic i cultural d'Espanya o a la projecció d'Espanya a l'exterior. En aquest darrer cas, correspon al Ministeri de Treball i Afers Socials concedir l'autorització de residència permanent, amb l'informe previ del Ministeri d'Interior.

Cal tenir en compte que, en el cas de la residència permanent, opera el silenci positiu, ja que, d'acord amb l'article 73.5 del RD 2393/2004, s'entendrà que la resolució és favorable en el supòsit que l'Administració no resolgui expressament en el termini de tres mesos des de la presentació de la sol·licitud, tot i que limitat als supòsits d'acreditar una residència legal i continuada de cinc anys o ser beneficiari d'una prestació de jubilació o incapacitat permanent absoluta o gran invalidesa.

Tenint en compte que l'autorització de residència permanent comporta per si mateixa l'autorització per treballar, els titulars d'una autorització d'aquest tipus tenen garantit l'accés als serveis públics d'ocupació.

5. Altres autoritzacions: l'autorització de treball transfronterer (per compte propi o d'altri) i l'autorització per recerca i estudis

Pel que fa a l'autorització de treball transfronterer, es concedeix als treballadors que resideixen en la zona fronterera d'un Estat limítrof al qual tornen diàriament i que desenvolupen activitats lucratives, laborals o professionals per compte propi o d'altri en les zones frontereres del territori espanyol.

La particularitat d'aquest tipus d'autorització de treball que permet només l'entrada i sortida de territori nacional per a la realització de l'activitat professional en el territori fronterer sembla excloure els seus titulars del dret a l'accés als serveis públics d'ocupació, ja que l'autorització, tot i ser de treball, es limita, quant als seus efectes, a habilitar el moviment d'entrada i sortida del territori nacional, i acredita el titular com a treballador transfronterer.

Pel que fa a l'autorització per a investigació i estudis, que és aquella que es concedeix als que volen realitzar treballs de recerca o formació no remunerats laboralment o cursar o ampliar estudis en qualsevol centre docent o científic espanyol públic o privat oficialment reconegut, materialitzada mitjançant la concessió del corresponent visat d'estudis, habilita en principi l'estranger, atesa la seva condició de no treballador, a romandre a Espanya en situació d'estada per a la realització d'aquests cursos, estudis o treballs de recerca, i, per tant, queden exclosos de l'accés als serveis d'ocupació.

Ara bé, l'article 90 del RD 2393/2004 preveu la possibilitat (novetat del RD 2393/2004) que els estrangers estudiants puguin compatibilitzar en determinats supòsits els estudis i la realització d'activitats laborals, si bé, per evitar situacions fraudulentas, s'especifica que els ingressos pel treball "no podran tenir el caràcter de recurs necessari per a la seva subsistència o estada". Si bé la vigència de l'autorització per treballar està estretament lligada a la durada del visat o autorització d'estudis, convé remarcar l'amplitud amb què es preveu el possible treball, atès que no s'haurà de tenir en consideració la situació nacional d'ocupació, i l'autorització tampoc no tindrà limitacions geogràfiques, llevat que l'activitat laboral coincideixi amb el període lectiu, ja que en aquest cas òbviament "es limitarà a l'àmbit territorial del seu titular".

Sembla important destacar que l'entrada a Espanya per la via de l'accés a l'àmbit educatiu és un bon camí per poder després romandre al nostre territori i accedir ja de manera estable al món laboral. De fet, l'article 95 del RD 2393/2004 recull aquesta possibilitat, tot i que, lògicament, estableix uns requisits previs, com són que el futur treballador hagi estat a Espanya com a mínim durant tres anys en situació d'estada per estudis i que hagi realitzat "els estudis o el treball de recerca amb aprofitament".

A efectes laborals, no es tindrà en consideració que l'estudiant hagi treballat amb anterioritat durant la seva etapa educativa, ja que l'autorització de residència i treball tindrà la consideració d'autorització inicial segons el que s'estableix a l'article 95.2 del RD 2393/2004. Ara bé, aquí també s'observa una àmplia flexibilitat per a l'accés al treball, ja que no caldrà que se sol·liciti visat quan l'estranger es trobi a Espanya en situació d'estada per estudis, i a més a més no es tindrà en consideració la situació nacional d'ocupació.

La nova situació de l'autorització per investigació i estudis establerta en el RD 2393/2004 sembla que fa necessari fer una distinció a efectes d'accés als serveis públics d'ocupació entre els que gaudeixen d'un visat per recerca i estudis i treballen i els que gaudeixen d'aquest visat sense treballar, ja que els primers, en la mesura que han estat autoritzats per treballar, tenen dret a accedir a aquests serveis, però no en canvi els que gaudeixen del visat ordinari per recerca i estudis sense demanar l'autorització de treball

compatible amb els estudis, ja que en aquest cas el visat habilita només a romandre a Espanya.

6. El visat per a la cerca d'una ocupació

Tot i que per a l'any 2005, tenint en compte l'aprovació del Reglament i l'obertura del procés de normalització, s'ha optat, en un primer moment, per prorrogar el contingent de treballadors previst per a l'any 2004 amb les vacants existents, s'està esperant que, un cop superat el procés de normalització, s'aprovi un contingent específic per a l'any 2005.

Una de les novetats introduïdes dins del contingent de treballadors estrangers ha estat la regulació i el desenvolupament de l'anomenat *visat per a la cerca d'ocupació*, visat que va ser introduït per la LO 14/2003 però que no ha estat desplegat fins al RD 2393/2004, tot i que caldrà esperar el nou contingent per valorar-ne la concreció.

El visat per a la cerca d'ocupació és un document que autoritzarà aquells que el posseeixin a desplaçar-se pel territori espanyol amb la finalitat de buscar una ocupació durant un termini de tres mesos. Si un cop transcorregut aquest temps no han obtingut cap contracte, hauran de sortir fora del territori espanyol.

Durant aquests tres mesos el treballador titular d'aquest visat haurà de cercar una ocupació en el sector d'activitat i en l'àmbit territorial per al qual s'hagi previst la concessió de l'esmentada autorització, tot i que no rebrà la corresponent autorització per treballar fins que presenti un contracte sol·licitud d'autorització, signat tant per ell com per l'empresari. L'autoritat competent haurà de pronunciar-se en un termini de 10 dies sobre la concessió o no de l'autorització de residència i de treball, tot i que la seva eficàcia estarà condicionada a la posterior afiliació i/o alta del treballador a la Seguretat Social en el termini d'un mes a partir de la notificació de la concessió realitzada al sol·licitant. Un cop complerta aquesta condició, l'autorització tindrà vigència com a autorització inicial de residència i de treball.

S'han inclòs en el RD 2393/2004 dos tipus de visat per a la cerca d'ocupació:

A) El visat per a la cerca d'ocupació per a fills o néts d'un espanyol d'origen. L'article 82 del RD 2393/2004 ha optat per fer una remissió directa a l'acord del contingent per determinar el nombre d'aquests visats, els mecanismes de selecció dels destinataris i les formes de presentació de les sol·licituds. Es recorda únicament que el posseïdor d'aquests visats estan exempts de la valoració de la situació nacional d'ocupació.

2. El visat per a la cerca d'ocupació per a determinats sectors d'activitat i ocupació. Es tracta d'un visat limitat a determinats sectors d'activitat o ocupacions en un àmbit territorial concret on existeixin llocs de treball de difícil cobertura i les circumstàncies específiques del mercat laboral determinin que aquesta és la millor manera per cobrir-los.

La regulació d'aquest segon tipus de visat es troba en l'article 83 del RD 2393/2004. La seva redacció deixa un ampli marge a les autoritats competents per concretar-lo, per delimitar, entre altres coses, l'àmbit territorial i els sectors d'activitat on s'aplica. Cal tenir en compte fins i tot que el segon paràgraf del núm. 3 de l'art. 83 possibilita que l'autoritat competent canviï durant l'any els sectors d'activitat o els àmbits territorials per als quals es pot concedir aquest tipus de visat.

7. El règim de renovacions de les autoritzacions de residència i/o de treball

Abans de finalitzar la segona part del dictamen, i atesa la importància del manteniment de la regularitat més enllà de la concessió inicial d'una autorització de residència i de residència i de treball, ens ha semblat important i necessari dedicar un apartat específic al règim de renovacions d'aquestes autoritzacions.

Així, pel que fa a les renovacions de les autoritzacions de residència i de treball per compte d'altri, és important tenir en compte que s'han de presentar, en model oficial, durant els seixanta dies naturals previs a l'expiració de l'autorització. Abans el termini era d'un mes, tot i que es permetia sol·licitar la renovació durant els tres mesos posteriors al venciment.

La possibilitat d'instar a la renovació dins dels tres mesos posteriors al venciment es manté exacta en el nou Reglament d'estrangeria. Aquesta possibilitat s'estableix sens

perjudici de la incoació del corresponent expedient sancionador per la infracció en què s'hagi incorregut; així, l'article 52 b) de la LO 4/2000 tipifica aquest endarreriment –fins a 3 mesos en la sol·licitud de la renovació de les autoritzacions– com a infracció lleu que pot ser objecte d'una multa d'entre 30 € i 300 € en els graus mínim i màxim.

En el RD 2393/2004 s'ha introduït una important novetat respecte d'aquesta qüestió, que és que la presentació de la sol·licitud en el termini establert prorroga la validesa de l'autorització fins a la resolució del procediment de renovació. Així doncs, s'evita la pèrdua de vigència que comporta el venciment del termini de durada de l'autorització i mentre s'està tramitant la renovació.

Cal tenir en compte també que si l'Administració, en el termini legalment establert per resoldre, tres mesos, no ha resolt l'expedient, el silenci es considera estimatori, tal com s'estableix a l'article 54.10 del RD 2393/2004. Aquesta previsió ja la contenia el Reglament precedent, en concret en l'article 86.7, en el qual es parlava de silenci desestimatori com a principi en matèria d'estrangeria, excepte en el cas de la sol·licitud de renovació de l'autorització.

Sembla, però, que s'ha simplificat el procediment de renovació per silenci, ja que, d'acord amb el nou Reglament, l'autoritat competent, amb la sol·licitud prèvia de l'interessat, lliurarà un certificat que acrediti la renovació per aquest motiu (silenci), i dins del termini d'un mes a partir de la notificació el titular de l'autorització haurà de sol·licitar la renovació de la targeta d'identitat d'estranger.

Hi ha una més claredat o precisió en l'exposició dels supòsits en què es renovarà l'autorització de residència i de treball. Aquesta claredat o precisió permetrà, en part, acabar amb la discrecionalitat amb què a vegades actuaven les subdelegacions del govern.

Així doncs, les autoritzacions concedides es renovaran quan s'acrediti:

A) La continuïtat de la relació laboral que va donar origen a la concessió de l'autorització que es vol renovar.

B) Quan s'acrediti la realització habitual de l'activitat per a la qual es va concedir l'autorització durant un mínim de 6 mesos per any i quan concorrin alguna de les circumstàncies següents:

– S'hagi subscrit un contracte amb un nou empresari i consti en alta en el moment de sol·licitar la renovació, o bé:

– Es disposi d'una nova oferta de treball que compleixi les condicions establertes a l'article 50 del RD 2393/2004, excepte la lletra a), que no es tindrà en compte i que fa referència al fet que la ja comentada situació nacional d'ocupació permeti la contractació del treballador estranger o, el que és el mateix, que no hi hagi treballadors nacionals en atur adequats i disponibles.

C) Quan s'hagi tingut un període d'activitat de tres mesos per any i s'acrediti:

– Que la relació laboral que va donar origen a l'autorització inicial es va interrompre per causes alienes a la seva voluntat.

– Que l'interessat ha buscat ocupació activament, participant en les accions establertes pel servei públic d'ocupació o bé en programes d'inserció sociolaboral d'entitats públiques i/o privades que tinguin subvencions públiques.

– Que en el moment de la sol·licitud de la renovació l'interessat té un contracte en vigor.

Cal assenyalar que, sense que consti com a novetat, ja que ja estava previst en l'anterior reglament d'estrangeria, els descoberts de cotització a la Seguretat Social no afecten la renovació i es manté la renovació en aquells casos en què s'hagi atorgat una prestació contributiva per atur o el subjecte sigui beneficiari d'una prestació econòmica de caràcter assistencial destinada a afavorir la seva integració social o laboral, com és el cas de la prestació de la renda mínima d'inserció, durant la durada d'aquestes situacions.

En canvi, ens sembla del tot criticable, i fins i tot es pot plantejar que és contrària a dret, tot i que, com és obvi, es tracta d'una qüestió que dependrà de l'ús que se'n faci, la

potestat que l'article 37.9 del RD 2393/2004 confereix a l'oficina competent per a la tramitació de les renovacions per valorar, en funció de les circumstàncies de cada cas, i tenint en compte la gravetat dels fets, la possibilitat de renovació de l'autorització de residència als estrangers que hagin estat condemnats per la comissió d'un delictes i hagin complert la condemna, els que hagin estat indultats o aquells als quals s'hagi aplicat la suspensió de l'execució de la pena.

TERCERA PART: LA INCIDÈNCIA DE LA NOVA NORMATIVA D'ESTRANGERIA EN L'ELABORACIÓ I ORGANITZACIÓ DE LES POLÍTIQUES ACTIVES D'OCUPACIÓ

I. Marc general de la política d'ocupació en relació amb el fenomen migratori

La Llei 56/2003, de 16 de desembre, d'ocupació, expressa en la mateixa exposició de motius de la norma que un dels factors que ha afectat el mercat de treball en aquests

darrers anys i que justifica l'adopció de la norma és “el fenomen immigratori, amb la consegüent arribada d'importants recursos humans procedents de l'exterior al nostre mercat de treball”. Per tant, en aquest sentit, la norma valora no tant el procés migratori en si mateix, que ha estat constant en la història de la humanitat, sinó la direcció que ha pres a Espanya, ja que de passar de ser un país d'emigrants, ha esdevingut una destinació atractiva i preferent a Europa, i consegüentment això ha suposat un creixement quantitatiu del flux migratori, amb tendència a augmentar, situació que forçosament ha de ser objecte d'atenció pels poders públics per la influència que aquest fet suposa en l'entorn econòmic, social i laboral espanyol.

1. La immigració com a objectiu general de la política d'ocupació

L'article 2 de la Llei 56/2003, dedicat a recollir els “objectius generals de la política d'ocupació”, en conté diversos que afecten els treballadors immigrants.

A) La garantia de no-discriminació i d'igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació

A l'art. 2, apartat a) de la Llei d'ocupació es disposa que un dels objectius generals és “garantir l'efectiva igualtat d'oportunitats i la no-discriminació, tenint en compte el que preveu l'article 9.2 de la Constitució espanyola, en l'accés a l'ocupació i a les accions orientades a aconseguir-ho, així com la lliure elecció de professió o ofici sense que pugui prevaler cap discriminació, en els termes que estableix l'article 17 de l'Estatut dels treballadors. Aquests principis són aplicables als nacionals d'Estats membres de l'Espai Econòmic Europeu i, en els termes que determini la normativa reguladora dels seus drets i llibertats, a la resta d'estrangers”.

Per tant, la garantia de la igualtat d'oportunitats i no-discriminació s'aplica als estrangers, no nacionals d'Estats membres de l'Espai Econòmic Europeu, “en els termes que determini la normativa reguladora dels seus drets i llibertats”, que està configurada principalment a la Llei 4/2000, d'11 de gener, i al RD 2393/2004, de 30 de desembre, que la desplega. S'ha de fer esment, en aquest punt, que a l'art. 3 de la llei d'estrangeria es disposa que els estrangers han de gaudir a Espanya dels drets i llibertats reconeguts al títol I de la Constitució (entre els quals hi ha el dret al treball), no en igualtat de condicions que els espanyols, sinó en els termes establerts en els tractats internacionals,

en la mateixa llei i en les que regulin l'exercici de cada un dels drets. Tanmateix, el mateix art. 3 estableix la consideració, com a criteri interpretatiu general, que els estrangers “exerceixen els drets que els reconeix aquesta Llei en condicions d'igualtat amb els espanyols”.

D'altra banda, l'art. 10 de la Llei 4/2000 estableix que “els estrangers que compleixin els requisits que preveu aquesta llei i les disposicions que la despleguin tenen dret a exercir una activitat remunerada per compte propi o d'altri...”. En l'art. 36.3 es determina que els estrangers més grans de 16 anys necessitaran la corresponent autorització administrativa per treballar per exercir “qualsevol activitat lucrativa, laboral o professional”, i a més, si l'estranger es proposa treballar per compte propi o d'altri, exercint una professió per a la qual s'exigeixi una titulació especial, la concessió del permís es condiciona a la possessió i, si s'escau, l'homologació del títol corresponent.

El requisit de l'autorització per treballar resulta una condició imprescindible per accedir al mercat de treball nacional, de manera que, entre altres conseqüències, si un empresari vol contractar un estranger no autoritzat per fer-ho, haurà d'aconseguir primer l'autorització de l'autoritat laboral competent, el Ministeri de Treball i Afers Socials, per a la qual ja es tindrà en compte de manera general una segona condició diferenciadora respecte dels treballadors espanyols i que es tractarà a bastament amb posterioritat, la situació nacional d'ocupació o, el que és el mateix, la inexistència de treballadors espanyols per ocupar el lloc de treball que ofereixi l'empresari corresponent.

Per acabar amb aquest objectiu de la política d'ocupació, s'ha de tenir en compte que a l'art. 23.2c) de la Llei 4/2000 s'estableix que constitueixen actes de discriminació “tots els que imposin il·legítimament condicions més costoses que als espanyols o restringeixin o limitin l'accés a la feina, a l'habitatge, a l'educació, a la formació professional i als serveis socials i socioassistencials, així com a qualsevol altre dret reconegut a la llei, a l'estranger que estigui regularment a Espanya, només per la seva condició d'estranger o perquè pertany a una determinada raça, religió, ètnia o nacionalitat”.

B) La coordinació de la política d'ocupació amb el fenomen migratori: els immigrants com a col·lectius amb dificultats especials d'accés al mercat de treball

A l'apartat g) de l'art. 2 de la Llei d'ocupació es disposa que un altre dels objectius generals de la política d'ocupació és “coordinar la seva articulació amb la dimensió del fenomen migratori intern i extern d'acord amb el que estableixen els paràgrafs a) i d) en col·laboració amb les comunitats autònomes, en el marc de les seves competències respectives”.

D'aquesta manera, la inclusió dels immigrants en el marc de la política d'ocupació està travessada per tres vectors principals: en primer lloc, per la necessitat que la política d'ocupació es coordini amb la resta de polítiques que tenen en consideració el fenomen migratori en conjunt; en segon lloc, que ho faci en col·laboració amb les comunitats autònomes en el seu conjunt; i en últim lloc, que això es porti a terme d'acord amb el principi d'igualtat d'oportunitats i no-discriminació, i, com regula el paràgraf d) de l'article 2 de la Llei, d'acord amb la necessitat d'assegurar la integració laboral d'aquells col·lectius que tinguin més dificultats per integrar-se.

De fet, l'esmentat paràgraf d) de l'art. 2 de la Llei 56/2003 estableix, també com a objectiu general de la política d'ocupació, “assegurar polítiques adequades d'integració laboral adreçades a aquells col·lectius que presentin dificultats d'inserció laboral més grans, especialment joves, dones, discapacitats i aturats de llarga durada més grans de 45 anys”.

En aquest sentit, tot i que els treballadors immigrants no estiguin expressats en l'art. 2 de la Llei 56/2003 com a col·lectius laborals amb dificultats d'inserció més grans, s'hi han de considerar inclosos, en primer lloc, perquè els que s'hi esmenten hi apareixen de manera exemplificadora, i en segon lloc, perquè la mateixa llei relaciona les polítiques d'ocupació sobre els immigrants amb l'assegurament de la seva integració al mercat de treball.

En conseqüència, els treballadors immigrants són subjectes destinataris de les polítiques d'ocupació. Així, per exemple, l'article 6 de la Llei d'ocupació assenyala que una de les finalitats del Sistema Nacional d'Ocupació és “fomentar l'ocupació i donar suport a la creació de llocs de treball, sobretot els adreçats a persones amb una dificultat d'inserció laboral més gran”. D'altra banda, la Llei catalana 17/2002, de 5 de juliol, d'ordenació del

sistema d'ocupació i de creació del Servei d'Ocupació de Catalunya, estableix com a principi i criteri rector d'aquest organisme “la cohesió social, amb la incorporació d'actuacions positives a favor dels treballadors i treballadores amb més dificultats d'inserció laboral”. Per això, i en virtut d'aquest precepte, l'article 20.1 de la llei catalana estableix que l'oferta de formació professional i contínua programada pel SOC “ha de tenir en compte el criteri de promoció professional, de reequilibrament territorial i els col·lectius amb més dificultat d'inserció laboral”.

Ara bé, si “la major dificultat d'accés al treball” és la noció genèrica en què s'enquadren diversos grups socials, els treballadors immigrants s'inclouen dintre d'aquests d'una manera particular, en el sentit que tenen aquesta dificultat més gran d'inserció laboral perquè son considerats, ara sí expressament, com a col·lectius amb “dificultats d'integració especials al mercat de treball”.

En aquest sentit també es pot veure el capítol II de la Llei 56/2003, dedicat a les polítiques actives d'ocupació, i en particular l'art. 26, en el qual s'estableix que “el Govern i les comunitats autònomes han d'adoptar, d'acord amb els preceptes constitucionals i estatutaris, així com amb els compromisos assumits en l'àmbit de la Unió Europea, programes específics destinats a fomentar l'ocupació de les persones amb dificultats d'integració especials al mercat de treball, especialment joves, dones, aturats de llarga durada més grans de 45 anys, discapacitats i immigrants, amb respecte a la legislació d'estrangeria”. En aquest sentit, els treballadors immigrants es configuren com a col·lectius prioritaris de les polítiques d'ocupació per les seves dificultats especials d'integració al mercat de treball.

Així, en l'àmbit català ja es troben normatives que tenen en consideració els immigrants com a col·lectius amb dificultats especials d'accés al mercat de treball, com per exemple l'Ordre BEF/307/2004, de 26 de d'agost, per la qual s'obre convocatòria i s'aproven les bases reguladores per a la concessió de subvencions destinades a entitats per a la realització d'activitats i projectes d'integració social de persones immigrades i retornades, i la Resolució TRI/328/2005, de 15 de febrer, per la qual s'obre la convocatòria per a l'any 2005 per presentar les sol·licituds per a l'obtenció de subvencions públiques per al foment del desenvolupament local, els agents d'ocupació i desenvolupament local, i l'impuls dels projectes i les empreses qualificades d'I+D, en la

qual, en relació amb l'àmbit específic de les empreses qualificades d'I+O, la puntuació dels criteris de valoració per a la concessió de les corresponents subvencions té en consideració la creació de llocs de treball per a persones majors de 40 anys o menors de 25, dones aturades de llarga durada, persones amb certificat de disminució, immigrants i beneficiaris de la renda mínima d'inserció.

2. La planificació i execució de la política d'ocupació en matèria d'immigració

Per començar, s'ha de dir que, segons l'art. 3.1 de la Llei d'ocupació, “correspon al Govern, a proposta del Ministeri de Treball i Afers Socials, i amb l'informe previ d'aquest ministeri a la Conferència Sectorial d'Afers Laborals, l'aprovació dels projectes de normes amb rang de llei i l'elaboració i aprovació de les disposicions reglamentàries en relació amb la intermediació i col·locació en el mercat de treball, foment d'ocupació, protecció per atur, formació professional ocupacional i contínua en l'àmbit estatal, així com el desplegament d'aquest ordenament, tot això sense perjudici de les competències que en matèria d'estrangeria corresponen al Ministeri de l'Interior”.

Per tant, correspon al govern de l'Estat la competència per a l'aprovació de projectes de normes amb rang de llei i l'elaboració i aprovació dels reglaments que les despleguin en matèria laboral i d'ocupació en general, sense perjudici que les comunitats autònomes puguin assumir competències per a l'execució de la legislació laboral estatal (art. 149.1.7 de la Constitució).

Si a aquest precepte se li afegeix l'emparament constitucional al foment del desenvolupament econòmic en el seu propi territori dintre dels objectius marcats per la política econòmica nacional, s'ha de concloure que les comunitats autònomes tenen competències en el seu àmbit territorial sobre el desenvolupament de la política d'ocupació, el foment de l'ocupació i, en aquest sentit, l'adopció de polítiques pròpies d'ocupació que conviuen amb els programes estatals, i finalment l'execució de la legislació laboral i dels programes i mesures que li hagin estat transferits.

Per tant, les comunitats autònomes tenen competència pel que fa a les polítiques de foment de l'ocupació que tinguin com a destinataris els immigrants en els termes descrits, excepte, com s'encarrega de dir l'art. 3 de la Llei d'ocupació, qualsevol

incidència en matèria de caràcter no laboral en l'àmbit de la immigració que pugui correspondre al Ministeri de l'Interior.

3. El Sistema Nacional d'Ocupació i la immigració

El Sistema Nacional d'Ocupació és el conjunt d'estructures, mesures i accions necessàries per promoure i desenvolupar les polítiques d'ocupació que tenen com a finalitat el desenvolupament de programes i mesures conduents a la consecució de la plena ocupació en els termes acordats a la cimera de caps d'Estat i de Govern de Lisboa. Aquest sistema està integrat pel Servei Públic d'Ocupació Estatal i els serveis públics de les comunitats autònomes. Els seus òrgans són la Conferència Sectorial d'Afers Socials i el Consell General del Sistema Nacional d'Ocupació.

Els seus instruments són el Pla nacional d'acció per a l'ocupació i el Sistema d'Informació dels Serveis Públics d'Ocupació.

Respecte del Pla nacional d'acció per a l'ocupació del 2004, s'ha de destacar que ha tractat de manera específica el col·lectiu dels treballadors immigrants com un dels que tenen més dificultats d'accés al mercat de treball, per la qual cosa promou diverses actuacions en el marc del programa operatiu Lluita contra la Discriminació, cofinançat pel Fons Social Europeu. Aquestes actuacions es basen en la realització d'itineraris d'integració laboral per a immigrants, preveient els aspectes personals i laborals d'aquestes persones, per intentar descobrir i potenciar les possibilitats d'ocupació des d'un enfocament individualitzat; la formació de professionals en el camp específic de la immigració; i la consecució de major sensibilització sobre la immigració, mitjançant la realització de campanyes específiques i la realització de trobades, jornades i seminaris.

En tot cas, una de les funcions principals del Sistema Nacional d'Ocupació és garantir la coordinació entre el Servei Públic d'Ocupació i els serveis públics d'ocupació de les comunitats autònomes, prestant una atenció especial a la coordinació entre les polítiques actives d'ocupació i les prestacions d'atur.

En matèria directament relacionada amb la immigració, l'altra funció, molt relacionada amb l'anterior, és la d'analitzar el mercat laboral en els diferents sectors d'activitat i

àmbits territorials a fi d'adequar les polítiques actives d'ocupació a les seves necessitats, així com per determinar la situació nacional d'ocupació que contribueixi a fixar les necessitats de treballadors estrangers d'acord amb la normativa derivada de la política migratòria.

En aquest sentit, adquireix la màxima importància la posada en marxa, el mes d'abril d'aquest any, del Sistema d'Informació dels Serveis Públics d'Ocupació (SISPO), impulsat pel Pla abans esmentat: a partir de l'existència i les actuacions dels serveis públics d'ocupació, estatal i autonòmics, el SISPO pretén integrar i compartir la informació relativa a la gestió de les polítiques actives d'ocupació i de prestacions de desocupació, per la qual cosa realitza la interconnexió dels corresponents sistemes d'informació dels serveis d'ocupació, garantint, en tot cas, que cada un pugui desenvolupar les funcions que li són pròpies.

4. Competències del Servei Públic d'Ocupació Estatal en matèria d'immigració

El Servei Públic d'Ocupació Estatal és un organisme autònom de l'Administració general de l'Estat dedicat a l'ordenació, el desenvolupament i el seguiment dels programes i mesures de la política d'ocupació, que s'articula a l'entorn d'una estructura central i una altra de perifèrica “per al compliment de les seves competències”. Entre aquestes competències hi ha la d'integració laboral de treballadors immigrants, en particular la realitzada als seus països d'origen.

La competència en qüestió és la de gestionar els programes finançats amb càrrec a la reserva de crèdit establerta en el seu pressupost de despeses, entre els quals figuren “programes d'intermediació i polítiques actives d'ocupació l'objectiu dels quals sigui la integració laboral de treballadors immigrants realitzats als seus països d'origen, que facilitin l'ordenació dels fluxos migratoris”, segons l'art. 13e de la Llei 56/2003.

La competència atribuïda al Servei Públic d'Ocupació Estatal té relació directa amb l'establiment del contingent anual com a mecanisme per canalitzar la cobertura de les necessitats de mà d'obra que no poden ser satisfetes amb treballadors del mercat

nacional de treball, mitjançant ofertes de treball al país d'origen en què resideixen els estrangers.

En aquest sentit, la Llei 2/2004, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2005, estableix a la disposició addicional novena (dedicada a regular la gestió directa pel Servei Públic d'Ocupació Estatal de crèdits destinats a polítiques actives d'ocupació) que el Servei d'Ocupació Estatal es reserva per a la seva gestió directa els crèdits específicament consignats a l'estat de despeses del seu pressupost per finançar les actuacions fixades a l'article 13e) de la Llei 56/2003. Com es diu a la mateixa disposició addicional novena, aquesta reserva pressupostària opera com a reserva de gestió de polítiques actives d'ocupació en el supòsit del programa assenyalat a favor del Servei Públic d'Ocupació Estatal, tot i les competències assumides de la gestió realitzada per l'organisme esmentat en l'àmbit del treball, l'ocupació i la formació per les comunitats autònomes mitjançant els corresponents reials decrets de traspassos.

5. La intermediació laboral i les polítiques actives d'ocupació envers els treballadors immigrants

La política d'ocupació disposa de dos instruments bàsics per a la seva aplicació: la intermediació laboral, entesa com un conjunt d'accions que tenen com a objectiu posar en contacte les ofertes de treball amb els demandants d'ocupació per col·locar-los; i les polítiques actives, que es defineixen com un conjunt de programes i de mesures d'orientació, ocupació i formació que tenen com a objectiu millorar les possibilitats d'accés a la feina dels aturats en el mercat de treball per compte propi o per compte d'altri, i l'adaptació de la formació i requalificació per a l'ocupació dels treballadors, així com aquelles altres adreçades a fomentar l'esperit empresarial i l'economia social.

S'ha de fer esment que, segons la disposició transitòria segona, “el Servei Públic d'Ocupació Estatal ha de gestionar les polítiques actives d'ocupació relatives a la intermediació i col·locació en el mercat de treball, foment d'ocupació en l'àmbit estatal, formació professional i contínua, mentre la gestió d'aquesta no hagi estat objecte de transferència a les comunitats autònomes”.

Això vol dir que el Servei Públic d'Ocupació Estatal no té competències en matèria de gestió de polítiques actives d'ocupació quan ja han estat transferides, qüestió ja resolta a Catalunya després del RD 1050/1997, de 27 de juny, de traspàs de la gestió realitzada per l'INEM (actual Servei Públic d'Ocupació Estatal) en l'àmbit del treball, l'ocupació i la formació a la Generalitat de Catalunya. D'altra banda, s'ha de recordar que la Llei catalana 17/2002, de 5 de juliol, ordena el sistema d'ocupació i de creació del Servei d'Ocupació de Catalunya, amb la finalitat, segons es reconeix a l'article 1, de permetre, d'acord amb el que s'estableix a l'art. 40 de la Constitució espanyola, portar a terme una política orientada a la plena ocupació, estable i de qualitat.

Un cop s'ha comprovat anteriorment la qualificació dels treballadors immigrants com un col·lectiu amb dificultats especials d'accés al mercat de treball, això ha de tenir incidència tant en la intermediació laboral com en les polítiques d'ocupació.

Així, per exemple, en l'art 22 de la Llei d'ocupació, dedicat a regular els principis bàsics de la intermediació dels serveis públics d'ocupació consistents en la seva dimensió pública, el respecte dels principis d'igualtat i no-discriminació i la realització de la intermediació de manera gratuïta per a treballadors i empresaris, s'afegeix en l'apartat 3 que, "a fi d'assegurar el compliment dels principis esmentats, els serveis públics d'ocupació han de garantir que el procés específic de selecció i relació entre oferta de treball i demanda d'ocupació correspongui, amb caràcter general, al servei públic d'ocupació i a les agències de col·locació degudament autoritzades. En el cas de col·lectius amb dificultats d'inserció laboral especials, els serveis públics d'ocupació poden comptar amb entitats col·laboradores especialitzades per dur a terme el procés a què es refereix el paràgraf anterior".

Com es comprova, la regla general en matèria d'intermediació és que la selecció de personal i la relació de les ofertes amb les demandes d'ocupació correspon al servei públic d'ocupació competent i a les agències de col·locació degudament autoritzades. Ara bé, ens trobem amb una excepció, que és quan els treballadors pertanyen a col·lectius d'inserció laboral específica, dintre dels quals s'inclouen, com s'ha analitzat anteriorment, els treballadors immigrants, davant dels quals, d'acord amb l'art. 22.3 de la Llei, poden intervenir, com a col·laboradores en el procés d'intermediació, entitats especialitzades en el seguiment d'aquests col·lectius.

També s'ha de recordar que, en matèria de polítiques actives, els treballadors immigrants són objecte de disposicions particulars, ja que l'art. 26 els tracta com a col·lectius prioritaris de les polítiques actives d'ocupació, amb respecte a la legislació d'estrangeria.

En aquest sentit, a allò que s'ha dit anteriorment s'ha d'afegir, segons el precepte, que, tenint en compte les circumstàncies especials d'aquests col·lectius, “els serveis públics d'ocupació han d'assegurar el disseny d'itineraris d'inserció que combinin les diferents mesures i polítiques, degudament ordenades i ajustades al perfil professional d'aquests aturats i a les seves necessitats específiques”. A l'art. 26.2 de la Llei d'ocupació s'afegeix que, “quan això sigui necessari, els serveis públics han de valorar la necessitat de coordinació amb els serveis socials per donar una millor atenció a l'aturat”.

II. Les actuacions del Servei d'Ocupació de Catalunya davant les situacions dels estrangers com a demandants d'ocupació o com a usuaris dels seus serveis

1. Situació de l'estranger amb residència temporal per reagrupament familiar, que passa a obtenir la residència temporal independent de la del reagrupant per la concessió d'una autorització per treballar

Cal esmentar que l'art. 96.1 del RD 2393 preveu per als estrangers que es trobin a Espanya, durant almenys un any, en situació de residència legal, la possibilitat d'accedir a la situació de residència i treball per compte d'altri quan l'ocupador, com a subjecte legítimitat, presenti la sol·licitud per residir i per treballar; en aquest cas, l'empresari no haurà de sotmetre la seva oferta de treball al filtre de la situació nacional d'ocupació.

En tot cas, cal recordar també que l'estranger reagrupat pot accedir a l'autorització de residència i treball en qualsevol moment, sense necessitat d'esperar cap temps d'espera. De la lectura de l'art. 49.1 en relació amb l'art. 96.3 del RD 2393 es desprèn que l'oferta de treball presentada per l'ocupador no està condicionada a la situació nacional d'ocupació, igual com passa amb els estrangers residents a Espanya per motius d'estudis.

En aquests casos el SOC també té un important marge d'actuació, ja que l'autorització per treballar, per la qual es dóna a l'estranger reagrupat una residència independent, queda condicionada al fet de disposar d'un contracte de treball i complir els requisits de la legislació laboral.

De fet, segons l'art. 41.6 del RD 2393, el cònjuge no separat de fet o de dret d'un resident legal i els fills en edat laboral, prèviament reagrupats, poden obtenir una autorització per treballar sense que això comporti l'obtenció d'una autorització de residència independent, quan les condicions fixades en el contracte de treball que hagi donat lloc a l'autorització, perquè aquest sigui a temps parcial o per la durada de la prestació de serveis, donin lloc a una retribució inferior al salari mínim interprofessional a temps complet en còmput anual.

En aquests casos, tot i que l'estranger reagrupat no tindrà una autorització de residència independent, sí que tindrà una autorització per treballar, i per tant serà incorporat a les actuacions del servei públic d'ocupació. No solament el seu contracte de treball haurà de ser comunicat o notificat al servei públic d'ocupació, sinó que podrà utilitzar els diversos serveis que ofereixi l'organisme públic.

2. Situació de l'estranger amb residència temporal per circumstàncies excepcionals

Com s'ha vist anteriorment, a partir del 7 d'agost de 2005 es podrà activar el mecanisme d'accés a la regularització legal de l'estranger consistent en l'anomenat *arrelament laboral* (art. 45.2 a del Reglament). Cal recordar que l'estranger en qüestió ha d'acreditar un període mínim de dos anys de permanència continuada a Espanya, no ha de tenir antecedents penals i ha de demostrar l'existència de relacions laborals la durada de les quals no sigui inferior a un any, per a la qual cosa l'estranger haurà de presentar una resolució judicial que ho reconegui o bé una resolució administrativa confirmatòria de l'acta d'infracció de la Inspecció de Treball i Seguretat Social.

Pel que fa a la noció de *resolució administrativa confirmatòria*, la seva definició s'ha de buscar en la Llei 42/1997, de 14 de novembre, ordenadora de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, així com en el RD 928/1998, de 14 de maig, pel qual s'aprova el

Reglament general sobre procediments per a la imposició de sancions per infraccions en l'ordre social i per als expedients liquidatoris de quotes de Seguretat Social.

En virtut de l'art. 20 del RD 928/1998, l'òrgan competent per resoldre l'expedient administratiu iniciat per l'acta de l'inspector de treball, amb les diligències prèvies que consideri necessàries, dictarà la resolució motivada que sigui procedent en el termini de deu dies a partir del moment en què va finalitzar la tramitació de l'expedient, ja sigui confirmant o bé modificant o deixant sense efecte la proposta de l'acta.

A més, si es considera també la modificació que es va realitzar sobre l'art. 45.2 a) del RD 2393 en fase d'esborrany, en la qual es recollia “l'acta definitiva de la Inspecció de Treball i Seguretat Social que la certifiqui”, s'ha de concloure que, quan es parla de la “resolució confirmatòria de l'acta”, s'està fent referència a la dictada per l'òrgan competent sancionador que valida o confirma la proposta de sanció continguda en l'acta per la infracció administrativa comesa.

Tot i que contra la resolució confirmatòria de l'acta es poden imposar els recursos administratius i jurisdiccionals que legalment siguin procedents, el RD 2393 fa de l'adopció d'aquesta resolució el mecanisme suficient, juntament amb els altres requisits d'arrelament esmentats, per poder obtenir l'autorització de treball, després del qual queda plenament obert per a l'estranger l'accés als serveis públics d'ocupació.

D'altra banda, segons l'art. 45.2b) del RD 2393, en virtut de l'anomenat *arrelament ordinari*, l'estranger pot obtenir una autorització per residir temporalment si, a més d'acreditar un període mínim de tres anys de permanència continuada a Espanya, té un contracte de treball en el moment de la sol·licitud, i també si o bé té vincles familiars amb residents, o bé presenta un informe municipal del seu domicili habitual que acrediti la seva inserció social.

En aquest sentit, a l'art. 46.2 c) s'estableix que: “En els supòsits d'arrelament acreditat mitjançant un informe emès per un ajuntament, en aquest hi ha de constar el temps de permanència de l'interessat al seu domicili, els mitjans de vida de què disposi, el grau de coneixement de les llengües que s'utilitzin, la inserció en les xarxes socials del seu entorn, els programes d'inserció sociolaboral d'institucions públiques o privades en què

hagi participat i tots els altres aspectes que puguin servir per determinar el grau d'arrelament. L'ajuntament corresponent pot recomanar que s'eximeixi l'estranger de la necessitat de tenir un contracte de treball, sempre que acrediti que disposa de mitjans de vida suficients”.

Com es veu, pel que fa a l'obtenció de la residència temporal per arrelament ordinari mitjançant un informe municipal que acrediti la inserció laboral, els serveis públics d'ocupació tenen un paper destacat, ja que poden disposar de la informació necessària sobre les activitats formatives que hagi realitzat o que hagi rebutjat el sol·licitant d'arrelament durant el seu període de permanència a Espanya.

D'altra banda, el contracte de treball es converteix en un requisit prescindible si s'acrediten “els mitjans de vida suficients”, però no els altres requisits que puguin servir per determinar el grau d'arrelament.

3. Situació derivada de l'interès empresarial per contractar un estranger que resideix fora d'Espanya i no es troba en situació irregular a Espanya

A l'art. 50, en relació amb l'art. 49 del RD 2393, es regulen els requisits per a la concessió de l'autorització de residència temporal i de treball per compte d'altri per a treballadors estrangers que no es trobin irregularment en territori espanyol, i, en aquest sentit, té una importància fonamental per entendre quines possibilitats hi ha de portar una política d'ocupació per a estrangers en determinats àmbits ocupacionals, així com per determinar la influència, de caràcter ampli, sobre la mateixa política d'ocupació.

A) La situació nacional d'ocupació determinada pel catàleg d'ocupacions de difícil cobertura

D'acord amb l'art. 38.1 a) de la Llei 4/2000, un requisit bàsic per a la concessió de l'autorització de treball és que la situació nacional d'ocupació permeti la contractació del treballador estranger. Per determinar aquesta situació, el Servei Públic d'Ocupació Estatal elaborarà trimestralment un catàleg d'ocupacions de difícil cobertura per a cada província, amb la informació subministrada pels serveis públics d'ocupació autonòmics i amb la consulta prèvia a la Comissió Laboral Tripartida d'Immigració. La qualificació

d'una ocupació com de difícil cobertura implicarà la possibilitat de tramitar l'autorització per treballar i residir a l'estranger sense necessitat de tenir en consideració la situació nacional d'ocupació.

En la Resolució de 8 de febrer de 2005 del Servei Públic d'Ocupació Estatal, s'estableix el procediment per a l'elaboració del catàleg d'ocupacions de difícil cobertura regulat a l'article 50a) del RD 2393. Segons aquesta resolució, per concretar la definició del terme *situació nacional d'ocupació*, es tindran en consideració les dades corresponents a diverses variables: d'una banda, la mitjana de demandes d'ocupació o, el que és el mateix, la mitjana de persones que en els últims dotze mesos sol·liciten una determinada ocupació a finals de cada mes (s'ha de tenir en compte que una persona pot sol·licitar fins a un màxim de sis ocupacions); d'altra banda, el nombre de llocs de treball que els ocupadors han ofert al llarg de l'any, així com el nombre de llocs de treball per als quals no s'ha trobat el candidat idoni i, per tant, estan pendents de cobrir en un moment determinat; i, en darrer lloc, el nombre de contractes que han estat comunicats als serveis públics d'ocupació en l'últim any.

A partir d'aquestes dades es tractarà de buscar una sèrie d'indicadors: l'indicador de grau de penetració en el mercat de treball, l'indicador corresponent al grau de dificultat per cobrir ofertes d'ocupació i l'indicador en què es relaciona la mitjana de demandes amb el nombre de llocs oferts durant l'any.

Un cop obtinguts aquests indicadors en l'àmbit nacional i en el provincial, s'inclouran dintre del catàleg aquelles ocupacions que compleixin simultàniament les tres condicions següents: que l'indicador de grau de penetració en el mercat de treball nacional sigui igual o superior a aquest indicador en l'àmbit provincial; que sigui igual o superior l'indicador nacional corresponent al grau de dificultat per cobrir ofertes d'ocupació respecte a aquest mateix indicador provincial; i que l'indicador provincial que relaciona la mitjana de demandes amb el nombre de llocs de treball oferts durant l'any sigui igual o inferior a l'indicador nacional.

El mes de març de l'any 2005 es va elaborar el primer catàleg d'ocupacions de difícil cobertura a Catalunya per al segon semestre de l'any, que recull un total de 140 activitats laborals amb dificultats de relació entre la demanda i l'oferta. D'entre les

nombroses ocupacions on no hi ha treballadors autòctons, de l'Espai Econòmic Europeu o residents immigrants demandants d'ocupació disponibles, cal destacar la falta de cambrers, empleats domèstics, guardes jurats i personal de seguretat privada, peons (en general), venedors a domicili per telèfon, guies turístics, metges, infermers, arquitectes tècnics, etc.

B) La contractació laboral per a ocupacions no qualificades com de difícil cobertura

Segons l'art. 50a), segon paràgraf, del RD 2393, l'empresari podrà contractar un treballador estranger en ocupacions no qualificades com de difícil cobertura quan acrediti la dificultat de contractació del lloc que no pugui cobrir. L'acreditació és produirà mitjançant “la gestió de l'oferta de feina presentada davant el servei públic d'ocupació conclosa amb resultat negatiu. A aquest efecte, el servei públic d'ocupació encarregat de la gestió ha d'emetre, en el termini màxim de 15 dies, una certificació en la qual s'expressi que de la gestió de l'oferta es conclou la insuficiència de demandants de feina adequats i disponibles per acceptar la feina”.

De la lectura del precepte, cal destacar que la necessitat de l'empresari d'acreditar que la situació nacional d'ocupació permet la contractació del treballador estranger continua vigent; ara bé, d'acord amb el que es disposa en l'art. 50a), segon paràgraf, del RD 2393, en aquelles ocupacions per a les quals es necessitin els serveis del treballador estranger i que no formin part del catàleg, la supeditació legal a la situació nacional d'ocupació està condicionada exclusivament per la gestió de les oficines dels serveis públics d'ocupació.

Per tant, en aquest procediment de sol·licitud d'autorització de residència i treball per compte d'altri amb caràcter d'estabilitat té una importància cabdal el servei públic d'ocupació, ja que la petició d'autorització de treball es presentarà quan les ofertes d'ocupació no es puguin cobrir per manca de treballadors segons els mateixos organismes de col·locació.

L'eina de gestió del Servei Públic d'Ocupació és l'emissió de la “certificació” sobre la situació nacional d'ocupació en l'activitat per a la qual se sol·licita la contractació, i en la qual s'ha d'expressar que “de la gestió de l'oferta es conclou la insuficiència de demandants de feina adequats i disponibles per acceptar l'oferta”.

Les principals característiques d'aquest certificat són les següents:

– El Servei Públic d'Ocupació està obligat a emetre exclusivament certificats “individuals”, els quals hauran de reflectir una gestió real i individual de l'oferta de treball, durant la qual s'acrediti que no existeixen demandats d'ocupació que poden ocupar o realitzar el lloc de treball que s'ofereix. En aquest sentit, el RD 2393 ha derogat les anomenades *certificacions genèriques* que estaven regulades a l'anterior Reglament 864/2001, en les quals s'havia de reflectir la inexistència de treballadors disponibles per ocupar determinats llocs de treball, tenint en consideració el resultat de la gestió d'ofertes similars en els tres mesos anteriors.

– En la certificació del servei públic d'ocupació s'haurà de valorar, d'una banda, la inexistència de treballadors disponibles per atendre l'oferta, cosa que es pot interpretar com que s'inclouen els supòsits de possible existència de treballadors però que es neguen a acceptar el lloc de treball, ja que, si no es fa així, la negativa a subscriure el contracte pels treballadors existents portaria l'empresari a prescindir d'un empleat que li resulta necessari. D'altra banda, la falta de treballadors “adequats” per al tipus de treball que es demana, qüestió en la qual poden entrar altres condicionants, com la deficiència de titulació, capacitació i la concreta aptitud dels treballadors del mercat de treball espanyol per a l'activitat específica que s'ofereix per cobrir.

– D'altra banda, el servei públic d'ocupació tampoc no queda eximit de fer la gestió individual de l'oferta quan en els mesos anteriors a la sol·licitud de l'empresari s'hagi comprovat la dificultat o impossibilitat de gestionar ofertes similars. Ara bé, també s'ha de tenir en consideració que el servei públic d'ocupació té només 15 dies per emetre el certificat, cosa que serveix per no allargar en el temps processos de gestió de la situació nacional d'ocupació en ofertes idèntiques o similars a la presentada per l'empresari, per a les quals s'ha acabat reconeixent la inexistència de treballadors disponibles i adequats.

De fet, la necessitat que la certificació s'emeti en 15 dies és un factor essencial en la gestió pel servei públic d'ocupació: l'objectiu de la imposició d'aquest termini és simplificar i homogeneïtzar el procediment de certificació que l'oferta de treball no es pot cobrir amb treballadors del nostre mercat de treball, vinculant-lo al fet de no poder

satisfereix l'oferta en un termini determinat (15 dies). En aquest sentit, amb el RD 2393 es pretén eliminar la possibilitat que els serveis públics d'ocupació puguin adoptar diversitat de criteris sobre la inexistència de treballadors desocupats del mercat de treball espanyol que responguin al perfil del lloc de treball per al qual se sol·licita l'autorització laboral. Això al cap i a la fi l'únic que provoca és que no sempre es produeixi una adequació efectiva dels demandants d'ocupació existents al mercat nacional als requeriments i les característiques dels llocs que ofereixen les empreses (en termes tant d'aptitud per al lloc com de disponibilitat per a la incorporació, ja sigui per les característiques de l'oferta, per la seva consideració social, per la percepció de prestacions o altres motius). La dada clau que ha de permetre valorar la inexistència de treballadors per a l'oferta de treball proposada per l'ocupador és el pas dels 15 dies sense que s'hagi pogut cobrir amb treballadors adequats i disponibles.

Finalment, hem de recordar que, segons el que es disposa a l'art. 53 b) del RD 2393, l'autoritat competent denegarà les autoritzacions de residència i treball per compte d'altri quan ho exigeixi la situació nacional d'ocupació (sense perjudici dels supòsits específics establerts a l'art. 40 de la Llei 4/2000).

Si el certificat individual emès pel Servei Públic d'Ocupació és negatiu, això vol dir la inexistència de treballadors del mercat de treball espanyol per cobrir l'oferta de treball i, per tant, l'autoritat competent haurà de partir de la certificació emesa per l'organisme laboral.

En aquest sentit, s'ha de dir que ja no es recull com a causa d'inadmissió a tràmit de la sol·licitud del permís de treball la falta d'acreditació per l'empresari, amb caràcter previ, del compliment de l'obligació de gestionar l'oferta davant els serveis públics d'ocupació. De fet, aquesta norma ha estat declarada nul·la de ple dret per la Sentència del Tribunal Suprem (Sala 3a) de 21 d'octubre de 2004, ja que permetia la declaració administrativa d'inadmissió sense el tràmit previ de l'esmena, o en altres paraules, no preveia ni exigia la possibilitat d'esmenar la no-aportació inicial d'un document preceptiu, com és la certificació negativa del servei públic d'ocupació, perquè la sol·licitud del permís de treball pogués ser admesa a tràmit.

4. Les ofertes d'ocupació en el règim d'autorització de residència temporal per compte d'altri de durada determinada

D'acord amb l'article 55 del RD 2393, l'autorització de residència i treball per compte d'altri de durada determinada segueix el mateix procediment que s'ha vist per als casos de residència temporal i de treball per compte d'altri, amb alguns matisos que poden afectar l'actuació del servei públic d'ocupació.

En efecte, per als supòsits relatius als treballs de temporada o de campanya, i per a la realització d'obres o serveis per al muntatge de plantes industrials o elèctriques, construcció d'infraestructures, edificacions i xarxes de subministrament elèctric, gas, ferrocarrils i telefònics, instal·lacions i manteniment d'equips productius, així com per a la seva posada en marxa i reparacions, entre d'altres, l'art. 57 del RD 2393 estableix que les ofertes d'ocupació es posaran a disposició del Servei Públic d'Ocupació Estatal i dels serveis públics d'ocupació de les comunitats autònomes perquè puguin ser publicades durant quinze dies, a l'efecte que els treballadors que resideixin en qualsevol part del territori nacional hi puguin concórrer, abans que siguin tramitades per a la seva cobertura per treballadors que es trobin a l'estranger.

Com es veu, en aquest supòsit hi intervé, a més dels serveis públics d'ocupació autonòmics, el de caràcter estatal, per fer les gestions oportunes per cobrir les ofertes de treball presentades per als treballadors que resideixin a qualsevol part del territori espanyol, cosa que implica una coordinació adequada entre els tots els serveis d'ocupació implicats.

El període de publicació de les ofertes de treball és de 15 dies, i només en el cas d'aquells “llocs de treball” als quals no hagin concorregut treballadors residents a Espanya les empreses o les organitzacions empresarials podran presentar les sol·licituds per cobrir-los mitjançant treballadors estrangers, amb una antelació mínima de tres mesos a l'inici de l'activitat laboral.

L'art. 56 d) del RD 2393 també estableix que, per obtenir l'autorització de treball de durada determinada per un estranger, no es tindrà en consideració la situació nacional d'ocupació, i per tant, s'ha d'entendre que els ocupadors no hauran de presentar les seves

ofertes de treball davant els serveis públics d'ocupació en dos casos: a) quan es demanin treballadors, els que siguin necessaris, per al muntatge per renovació d'una instal·lació o equips productius; b) quan es tracti d'estrangers que hagin estat titulars d'autoritzacions de treball per a activitats de temporada, durant quatre anys naturals, i hagin tornat al seu país (art. 40 de la Llei 4/2000). Aquest darrer supòsit sembla pensat com una via d'accés a la residència permanent a Espanya, ja que el fet de no exigir l'acreditació de la situació nacional d'ocupació no deixa de ser un premi per al *bon treballador* que hagi complert la seva obligació de tornar al país d'origen un cop finalitzada la temporada.

5. El règim dels menors estrangers amb edat per treballar i dels estrangers amb visat d'estudis

L'art. 68 del RD 2393 s'encarrega de regular els col·lectius per als quals està exceptuada l'obligació d'obtenir l'autorització per treballar. Entre aquests, hi ha els menors estrangers en edat laboral tutelats per l'entitat de protecció de menors competent, “per a les activitats que, a proposta de l'entitat esmentada, mentre estiguin en aquesta situació, afavoreixin la seva integració social. Aquesta situació queda provada amb l'acreditació que l'entitat esmentada exerceix la tutela del menor i la presentació, per part d'aquesta, de la proposta d'activitat que afavoreixi la integració social del menor” (apartat k).

En aquests casos, el servei públic d'ocupació actuarà a partir del caràcter de la mateixa activitat formulada per l'entitat de protecció de menors: així, per exemple, la inclusió en una acció formativa per a la inserció en el mercat de treball, o directament la contractació per a la realització d'una activitat laboral, sense que a aquests efectes s'hagi de tenir en consideració la situació nacional d'ocupació.

En tot cas, s'ha de veure que, en els supòsits esmentats, el fet que els menors no tinguin una autorització de treball no és obstacle perquè tinguin la possibilitat, amb l'informe previ de l'entitat de protecció de menors, de ser usuaris dels serveis públics d'ocupació.

D'altra banda, a l'art. 92.5 s'afegeix que el fet que un menor no tingui una autorització de residència no suposarà cap obstacle per a l'accés del menor a aquelles activitats o programes d'educació o formació que, a criteri de l'entitat de protecció de menors competent, redundin en benefici seu.

Recopilant el ventall de supòsits amb què es pot trobar un menor estranger i que poden incidir en els serveis públics d'ocupació, són els següents:

a) Si el menor obté l'autorització de residència, la Llei 4/2000 empara que l'entitat de protecció consideri la necessitat que el menor estranger amb edat per treballar ho faci sense tenir en consideració la situació nacional d'ocupació, si això afavoreix la seva integració social.

b) Si els menors tutelats per l'entitat de protecció de menors no han obtingut l'autorització de residència i arriben a la majoria d'edat havent participat en programes formatius d'integració, l'entitat podrà recomanar la concessió d'una autorització temporal de residència per circumstàncies excepcionals, a la qual es farà extensiu allò que es disposa a l'art. 40 j) de la Llei 4/2000, és a dir, la no-consideració de la situació nacional d'ocupació.

Pel que fa als estudiants estrangers amb visat d'estudis, a l'art. 90 del RD 2393 es regula que poden ser autoritzats a realitzar activitats lucratives laborals, en institucions públiques o privades, quan l'ocupador, com a subjecte legitimat, presenti la sol·licitud d'autorització de treball, sense necessitat que la seva oferta de treball estigui condicionada per la situació nacional d'ocupació.

En aquests casos, el contracte s'ha de formalitzar per escrit i s'ajustarà a la modalitat de contracte a temps parcial, o a temps complet sempre que la seva durada no superi els tres mesos ni coincideixi amb períodes lectius.

Els estudiants amb autorització de treball tenen, per tant, accés al servei públic d'ocupació competent com a subjectes inscrits per a la seva contractació laboral.

6. Alguns aspectes del règim de renovacions de les autoritzacions de residència i treball que poden afectar el servei públic d'ocupació

Com ja ha estat objecte d'estudi anteriorment, l'art. 54.3 i 4 del RD 2393 regula els requisits per a la renovació de les autoritzacions de residència i treball per compte d'altri, la qual només serà procedent si concorren algun dels requisits següents:

– Si s'acredita la continuïtat en la relació laboral que va donar lloc a la concessió de l'autorització inicial.

– Quan el treballador estranger demostrï la realització habitual de l'activitat per a la qual es va concedir l'autorització durant un mínim de sis mesos per any i es trobi en alguna d'aquestes situacions: a) hagi subscrit un contracte de treball amb un nou empresari i figuri d'alta o en situació assimilada a l'alta; b) disposi d'una nova oferta de treball, la qual no ha de passar el filtre de la situació nacional d'ocupació.

– També es renovarà l'autorització quan el treballador percebi una prestació contributiva de desocupació o una prestació econòmica assistencial destinada a aconseguir la seva inserció social o laboral (38.3 b i c de la Llei 4/2000).

– Quan el treballador hagi tingut un període d'activitat almenys de tres mesos per any, sempre que acrediti el següent: que la relació laboral que va donar lloc a l'autorització inicial es va interrompre per causes alienes a la seva voluntat; que en el moment de la sol·licitud tingui un contracte en vigor i que hagi buscat feina activament i hagi participat en les accions que determini el Servei Públic d'Ocupació o bé en programes d'inserció sociolaboral d'entitats públiques o privades que tinguin subvencions públiques.

L'actuació del treballador estranger en l'àmbit dels programes d'ocupació impulsats pel servei públic d'ocupació pot tenir efectes clau en la renovació de l'autorització per treballar: el moment bàsic de relació del treballador estranger amb el servei públic es trobaria principalment entre el moment de l'extinció de la seva primera relació i la cerca i obtenció del contracte laboral següent.

7. El contingent anual i la seva influència en el servei públic d'ocupació autonòmic

El sistema del contingent anual és un mecanisme amb el qual es pretén canalitzar la cobertura de les necessitats de mà d'obra que no poden ser satisfetes amb treballadors del mercat nacional de treball, mitjançant ofertes de treball al país d'origen en què resideixen els estrangers.

Respecte de l'actuació dels serveis públics d'ocupació, una qüestió important que s'ha de comentar és l'increment de la presència dels serveis autonòmics en l'àmbit de la determinació del contingent. En primer lloc, l'aprovació de la Llei 56/2003 i la nova organització del Sistema Nacional d'Ocupació van suposar buidar de contingut aquelles competències que s'establien al RD 864/2001, que ha estat derogat pel RD 2393. Segons aquestes competències, corresponia a la Comissió Executiva Provincial o Insular de l'INEM (actual Servei Públic d'Ocupació Estatal) analitzar cada any el conjunt de llocs de treball que les organitzacions empresarials consideressin que no es podien cobrir en el mercat de treball nacional, així com la situació general d'ocupació de la província, i elaborar una proposta que especificués el nombre i les característiques professionals dels treballadors que es requerien segons el sector d'activitat, per “determinar anualment el nombre de treballadors estrangers que es necessiten, segons els àmbits territorials i sectors d'activitat concrets”, així com si el representat de l'Administració autonòmica que havia de presidir aquella comissió, en virtut del que es disposa en el Reial decret de traspàs de competències en matèria d'ocupació, havia de convocar-la o no. En aquest sentit, i abans que entrés en vigor el mateix RD 2393, la distribució de competències operada sobre la gestió de política d'ocupació va significar que aquesta gestió, en l'àmbit autonòmic i consegüentment en el provincial, havia passat a ser atribuïda jurídicament als serveis públics d'ocupació autonòmics.

En el RD 2393, l'adopció de l'acord del contingent ja disposa del concurs de les comunitats autònomes, per la via dels seus serveis públics d'ocupació i dels agents socials. Així, a l'art. 79 es disposa que “correspon a la Secretaria d'Estat d'Immigració i Emigració l'elaboració de la proposta de contingent, amb la consulta prèvia de la Comissió Laboral Tripartida d'Immigració, que ha de tenir en compte, en tot cas, la informació sobre la situació nacional d'ocupació subministrada pel Servei Públic d'Ocupació Estatal i les propostes que elevin les comunitats autònomes. Aquestes

propostes es realitzen després d'haver rebut les sol·licituds de les organitzacions empresarials d'àmbit provincial, i si s'escau, les consideracions que els hagin fet arribar les organitzacions sindicals del mateix àmbit". En tot cas, i per a aquest any 2005, a la Resolució de 4 de febrer es disposa la publicació de l'Acord del Consell de Ministres de 30 de desembre de 2004, pel qual es pren la decisió de prorrogar la vigència de l'Acord del contingent del 2004, pel fet d'entendre que encara no s'ha complert plenament i es pot continuar aplicant.

La regulació reglamentària del contingent està prevista als art. 77 a 83 del RD 2393, i els aspectes que d'una manera específica afecten més els serveis públics d'ocupació són els següents:

a) A l'art. 80.4 del RD 2393 s'estableix que, "tenint en compte les característiques del lloc de treball que s'hagi d'ocupar, es poden fer cursos de formació, a Espanya o als països d'origen, adreçats als treballadors que hagin estat seleccionats o preseleccionats. A través del mitjà més adequat, s'ha de procurar el subministrament de la informació suficient al treballador sobre els seus drets i deures com a tal".

En aquest àmbit, s'ha de tenir present que el Servei Públic d'Ocupació Estatal té competències pel que fa a la formació als països d'origen, segons el que s'estableix a l'art. 13e) de la Llei 56/2003, d'acord amb el qual, com ja ha estat objecte de comentari anteriorment, a l'SPOE li correspon gestionar els programes finançats amb càrrec a la reserva de crèdit establerta en el seu pressupost de despeses, entre els quals hi ha els "programes d'intermediació i les polítiques actives d'ocupació l'objectiu dels quals sigui la integració laboral de treballadors immigrants realitzats als seus països d'origen, que facilitin l'ordenació dels fluxos migratoris".

Davant d'això, s'ha de comentar el següent: a) el servei públic d'ocupació autonòmic és el mitjà competent per gestionar els cursos de formació a Espanya d'aquests treballadors seleccionats o preseleccionats en origen; b) en funció de les competències del servei d'ocupació autonòmic respecte de la gestió de la intermediació i de les polítiques actives, s'haurien d'arbitrar els mecanismes perquè també pogués assumir les funcions necessàries per executar les funcions relacionades amb la intermediació i la formació als països d'origen dels estrangers.

b) Pel que fa a la regulació de l'art. 83 del Reglament, relativa als visats per a la cerca a Espanya de feines limitades a determinats sectors d'activitat o ocupacions en un àmbit territorial concret, amb una durada màxima de tres mesos, s'ha de fer esment que el treballador en concret haurà de buscar una ocupació en el sector d'activitat i en l'àmbit territorial per al qual s'hagi previst la concessió de l'esmentada autorització, i no rebrà la corresponent autorització per treballar fins que presenti el contracte sol·licitud d'autorització signat tant per ell com per l'empresari.

En aquest sentit, el treballador amb visat de cerca de feina, tot i no tenir l'autorització per treballar, pot fer ús del servei públic d'ocupació per buscar la feina en el sector d'activitat i àmbit territorial concrets per als quals s'hagi concedit l'autorització, sense necessitat de tenir en consideració la situació nacional d'ocupació.

En aquestes condicions, per poder obtenir l'autorització, l'ocupador ha de presentar un contracte de treball sol·licitud d'autorització, signat per les dues parts, així com els documents que s'esmenten a l'art. 51.2 del RD 2393. En aquest sentit, entre els documents necessaris hi ha el contracte de treball o l'oferta d'ocupació en el model oficial establert.

8. Situacions específiques dels estrangers: l'estada legal a Espanya o la residència temporal sense autorització de treball

En determinats casos, els estrangers poden estar en situació regular a Espanya sense disposar d'autorització de treball, com per exemple els estrangers en situació de residència temporal sense permís de treball, els estrangers amb visat d'estudiant que no realitzin una activitat laboral o els menors estrangers amb edat per treballar tutelats per una entitat de protecció.

Si no tenen aquesta autorització de treball, que és un mecanisme de control per a l'accés al mercat de treball, no poden ser inscrits *a priori* al servei públic d'ocupació, per facilitar el conjunt de mesures que pot oferir per a la seva intermediació, l'accés als serveis de millora de la seva ocupabilitat i, si s'escau, per a les prestacions de desocupació.

S'ha de dir que això no sempre és així. Per exemple, com ja s'ha vist anteriorment, en el cas de menors estrangers en edat laboral tutelats per l'entitat de protecció de menors competent, els quals en determinats casos poden gaudir de mesures de foment de l'ocupació proposades per l'entitat protectora en coordinació amb el servei públic d'ocupació.

En tot cas, es pot defensar també que, d'acord amb la normativa, hi podria haver bases perquè, tot reservant la validesa de l'autorització per treballar com a filtre bàsic per a l'accés al lloc de treball, els serveis públics d'ocupació poguessin oferir a aquells estrangers que no estiguin en situació regular a Espanya determinades mesures de formació i integració laboral.

D'una banda, s'ha vist la importància que han adquirit el seguiment i la realització de cursos de formació i inserció laboral per a l'obtenció de l'autorització de treball; d'altra banda, el mateix principi de prohibició de discriminació recorda que als estrangers, en situació regular, sense cap altra condició, no se'ls poden imposar il·legítimament condicions més costoses que als espanyols o que els restringeixin o limitin l'accés a la formació professional i als serveis socials i socioassistencials.

III. La incidència de la nova normativa d'estrangeria en l'elaboració i l'organització de les polítiques passives d'ocupació

D'acord amb l'art. 7 del Reial decret legislatiu 1/1994, de 20 de juny, pel qual s'aprova la Llei general de Seguretat Social, estan inclosos dintre del Sistema de Seguretat Social a efecte de les prestacions de modalitat contributiva els espanyols que resideixin a Espanya i els estrangers que resideixin o es trobin legalment a Espanya, sempre que, en ambdós casos, exerceixin en territori nacional i estiguin inclosos en alguns dels apartats del mateix precepte: treballadors per compte d'altri, treballadors per compte propi, estudiants, socis treballadors de cooperatives de treball associat, i funcionaris públics.

En definitiva, en el marc contributiu tots els estrangers extracomunitaris gaudeixen de la plena equiparació de drets en matèria de Seguretat Social sempre que estiguin en situació regular per haver obtingut el permís de residència i de treball.

D'altra banda, a l'art. 7.3 es diu que, així mateix, estaran inclosos en el camp d'aplicació del sistema de Seguretat Social, a efecte de les prestacions de modalitat no contributiva, tots els espanyols residents en territori nacional. D'altra banda, en l'apartat 5, s'assenyala que els hispanoamericans, portuguesos, brasilers, andorrans i filipins que resideixin en territori espanyol s'equiparen als espanyols a efecte de les prestacions de modalitat no contributiva, i s'afegeix que, pel que fa a la resta de nacionals d'altres països, es procedirà d'acord amb el que es disposi en els tractats, convenis, acords o instruments ratificats, subscrits o aprovats a l'efecte, o quan els sigui aplicable en virtut de reciprocitat tàcita o expressament reconeguda.

Tanmateix, aquest règim previst a la Llei general de Seguretat Social del 1994 s'ha de matisar d'acord amb el que es fixa a la Llei orgànica 4/2000.

Com ja ha estat objecte de referència amb anterioritat, a l'art. 10 de la Llei orgànica 4/2000 s'estableix que “els estrangers que compleixin els requisits que preveuen aquesta llei i les disposicions que la despleguin tenen dret a exercir una activitat remunerada per compte propi o d'altri, així com a accedir al Sistema de la Seguretat Social, d'acord amb la legislació vigent”. D'altra banda, a l'art. 14 de la mateixa norma s'expressa que “els estrangers residents tindran dret a accedir a les prestacions i serveis de la Seguretat Social en les mateixes condicions que els espanyols”.

Per tant, respecte de les prestacions i serveis de la Seguretat Social, l'atribució expressa als estrangers residents del dret, “en les mateixes condicions que els espanyols”, ha permès posar punt final a la diversificació continguda en l'art. 7.5, en el qual la nacionalitat era un condicionant en el reconeixement de les prestacions no contributives.

Pel que fa a la protecció contributiva de desocupació, els treballadors estrangers en poden ser beneficiaris sempre que demostrin la concurrència de la situació legal de desocupació, tinguin el període mínim de cotització exigida per a aquesta contingència (dotze mesos en els sis anys anteriors a la situació legal de desocupació, o en el moment en què va cessar l'obligació de cotitzar) i acreditin la possessió de l'autorització de residència i treball per compte d'altri. De fet, dins del ventall de situacions en què es

reconeix la prestació de desocupació al treballador estranger, es poden trobar algunes de les següents:

a) Que es disposa de l'autorització de residència temporal i de treball per compte d'altri inicial o renovada, però en tot cas vigent. També es permet ser beneficiari de la prestació si ha caducat l'autorització de residència temporal i treball per compte d'altri (inicial o renovada), si s'acredita la sol·licitud de renovació.

b) Que es disposa de l'autorització de residència i treball per circumstàncies excepcionals vigent, quan hagi permès obtenir una autorització per treballar, d'acord amb el que es regula a l'article 45.7 del RD 2393.

c) Que, d'acord amb l'article 68 de l'esmentada norma, es tracti d'estrangers exceptuats d'obtenir l'autorització de treball (tècnics, investigadors i científics estrangers, professors convidats per una universitat espanyola, personal directiu d'institucions culturals o docents, etc.), i que, després del cessament, tinguin permís de residència en vigor.

d) Que es disposa de l'autorització de residència permanent.

e) Que es tracta de refugiats o apàtrides amb autorització d'estada a Espanya, juntament amb la sol·licitud de residència temporal per circumstàncies excepcionals vigent, o si estigués caducada, amb la sol·licitud de renovació.

Finalment, hem de recordar que a la disposició addicional tretzena del RD 2393 es disposa que, en les contractacions dels estrangers titulars de les autoritzacions de treball per a treballadors transfronterers, per a activitats de durada determinada i per a estudiants, no es cotitza per la contingència de desocupació.

D'altra banda, s'ha de fer referència al fet que a l'art. 4.2 de la Llei orgànica 4/2000 s'estableix que els estrangers residents tenen dret als serveis i a les prestacions socials, tant als generals i bàsics com als específics, en les mateixes condicions que els espanyols.

Cal ressaltar la importància que en aquest àmbit dels serveis socials poden assumir les comunitats autònomes, i també les corporacions locals, respecte de l'assistència dels estrangers, en igualtat de condicions que els espanyols, amb l'única condició prevista a la llei que s'ha de tractar de residents legals.

En tot cas, l'art. 14.3 de la Llei orgànica 4/2000 reconeix el dret dels estrangers, sigui quina sigui la seva situació administrativa, “als serveis i prestacions socials bàsics”, sense que el precepte faci menció a l'equiparació amb els espanyols. Tot i la dificultat d'interpretar el terme de *servei bàsic*, es poden incloure dintre seu totes aquelles prestacions que no tinguin caràcter *especialitzat* i que, per tant, responguin a les necessitats bàsiques de l'estranger com a persona: informació com a eina que pot evitar la marginació, cooperació personal quan l'estranger pugui estar en situació de desemparament, mesures de reinserció quan pugui estar en situació de risc social o protecció personal davant actituds xenòfobes o racistes, etc.

Pel que fa a l'assistència sanitària dels estrangers, s'ha de dir que l'art. 12 de la Llei orgànica 4/2000 reconeix aquest dret, en les mateixes condicions que per als espanyols, als estrangers que siguin a Espanya i estiguin inscrits en el padró del municipi en què resideixin habitualment. La inscripció en el padró, mecanisme que els estrangers en situació irregular poden no utilitzar per les conseqüències que pot tenir sobre la seva estada a Espanya, es converteix en un requisit mínim de control, amb el qual la normativa pretén evitar l'ús abusiu dels serveis sanitaris espanyols en substitució dels corresponents als dels països originaris dels estrangers.

En tot cas, els estrangers que siguin a Espanya tenen dret a l'assistència sanitària pública d'urgència davant la contracció de malalties greus o accidents, sigui quina sigui la seva causa, i a la continuïtat de l'atenció mèdica fins a l'alta. D'altra banda, també resulten coberts per aquest dret, en les mateixes condicions que els espanyols, els migrants menors de divuit anys en situació irregular. Finalment, també s'atribueix el dret a l'assistència sanitària sense cap requisit previ a les treballadores embarassades que es trobin a Espanya durant l'embaràs, part i postpart.

Finalment, s'ha de concloure aquest apartat assenyalant que, com s'ha vist durant aquest dictamen, la normativa legal accentua la defensa de l'estatut laboral de l'estranger amb

independència que la seva situació sigui regular o irregular, sobretot perquè l'art. 36.3 de la Llei orgànica 4/2000 recull que la manca de la corresponent autorització per part de l'empresari, sense perjudici de les responsabilitats a què doni lloc, incloent-hi aquelles en matèria de Seguretat Social, no invalidarà el contracte de treball respecte als drets dels estrangers ni serà obstacle per a l'obtenció de les prestacions que poguessin correspondre-li.

QUARTA PART

RECAPITULACIÓ I CONCLUSIONS

En arribar al final del treball, cal fer un esforç de síntesi de les principals qüestions i problemes que hem anat analitzant. Sense vocació de ser exhaustius, les conclusions més importants, segons el nostre parer, són les que s'enumeren a continuació.

I. Primera part

1. Qualsevol política d'immigració que es dugui a terme l'any 2005 ha de partir del marc competencial constitucional en la matèria i del repartiment existent entre les diferents administracions públiques, ja que no cal oblidar que les administracions autonòmiques i locals tenen cada vegada més competències en matèries que incideixen directament sobre les polítiques migratòries. La coordinació de les diferents administracions esdevé del tot necessària, i perquè sigui eficaç es requereix també que hi hagi la transferència dels recursos apropiats i que existeixi la coordinació administrativa adequada entre les diferents administracions i els funcionaris encarregats d'aplicar la normativa.

2. El debat sobre la immigració a Espanya en l'actualitat és bàsicament de contingut laboral. Les polítiques del govern de l'Estat intenten vincular immigració a treball i posen en relleu que la immigració està sent un factor positiu de creixement econòmic. L'Estat ha de tenir en consideració les propostes que formulin les comunitats autònomes, i s'ha de garantir un major protagonisme de la Conferència Sectorial d'Afers Laborals.

3. La proposta de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, segons els treballs de la ponència redactora (primera lectura, maig 2005), pot suposar avenços importants en matèria competencial en l'àmbit de la immigració, seguint la línia d'algunes propostes que ja s'havien defensat amb anterioritat en documents preparats pel SOC per al grup de treball creat en el si de la Secretaria d'Immigració per a l'estudi de la reforma del Reglament d'estrangeria, i també en sintonia amb les conclusions de la Comissió III ("Immigració i marc jurídic") del II Congrés de la Immigració de Catalunya, organitzat per UGT-AMIC.

4. En l'àmbit comunitari, la relació de la immigració amb el mercat de treball és clara i evident. Els documents comunitaris valoren l'aportació dels immigrants a llarg termini en les societats d'acollida, preveuen l'adopció de mesures que facilitin la integració social, cultural i política dels immigrants, i es plantegen d'una manera especial l'adopció de polítiques comunitàries (tot i respectar el dret de cada Estat membre a fixar quotes d'entrada al país) d'admissió de migrants, molt estretament relacionades amb la fluctuació de la demanda de treball al mercat laboral.

II. Segona part

1. Tal com hem tingut ocasió d'argumentar en aquest dictamen, en el RD 2393/2004 s'han reforçat considerablement els vincles existents entre la regularitat administrativa i el mercat de treball, de manera que l'accés als serveis públics d'ocupació i, d'una manera especial, la inscripció en aquests serveis depenen directament del fet de disposar d'una autorització per treballar, ja que la inscripció només la podran realitzar aquells que tinguin reconegut aquest accés al mercat de treball, cas que s'haurà de produir en condicions de plena igualtat amb els nacionals.

2. Així doncs, poden accedir als serveis públics d'ocupació els estrangers titulars d'un permís de residència temporal i de treball en les diverses modalitats (residència temporal i treball per compte d'altri; residència temporal i treball per compte d'altri de durada determinada; residència temporal i treball per compte propi). També hi poden accedir els titulars d'una autorització de residència permanent. No poden accedir-hi, en canvi, els posseïdors d'un visat d'estada (ja sigui de curta durada o d'estada múltiple) ni els titulars d'una autorització de residència temporal (sense treball), ja que aquestes autoritzacions no permeten l'accés al mercat de treball.

3. Tampoc no poden accedir als serveis públics d'ocupació els titulars d'una autorització de residència temporal per reagrupament familiar, ja que aquesta no comporta per si mateixa una autorització per treballar. Per poder accedir als serveis públics d'ocupació caldrà disposar, en aquest cas, d'una autorització per treballar amb independència del permís de residència temporal vinculat al reagrupament.

4. En el cas del permís de residència temporal per circumstàncies excepcionals, poden inscriure's com a demandants dels serveis públics d'ocupació aquells que hagin accedit a aquesta autorització per arrelament laboral un cop tancada la normalització o per arrelament social amb vincles laborals. No podran accedir-hi, en canvi, en el cas d'accés a aquesta autorització per circumstàncies excepcionals, quan s'hagi produït per raons humanitàries, col·laboració amb les autoritats administratives i/o judicials, ja que en aquests casos la concessió de l'autorització no comporta per si mateixa l'autorització per treballar.

Així doncs, als efectes de l'accés i profit dels serveis públics d'ocupació en el cas de concessió d'una autorització de residència temporal per circumstàncies excepcionals, caldrà tenir molt en compte la raó per la qual es concedeix l'autorització, ja que, si bé l'accés és automàtic en el cas de l'arrelament, ja que en aquests casos l'autorització de residència temporal comporta l'autorització per treballar, en els altres casos l'accés als serveis públics d'ocupació estarà condicionat a la concessió de l'oportuna autorització per treballar, tant si se sol·licita de manera simultània com durant la vigència de l'autorització de residència temporal.

5. Per la seva banda, per la naturalesa de la mateixa autorització, estan exclosos de la inscripció com a beneficiaris dels serveis públics d'ocupació els titulars d'una autorització de treball transfronterera, ja sigui per compte propi o d'altri. No succeeix el mateix, tal com passava fins al RD 2393/2004, en el cas de les autoritzacions per recerca i estudis, ja que, tenint en compte la nova situació de l'autorització per recerca i estudis establerta en el RD 2393/2004, sembla que es fa necessari fer una distinció, a efecte de l'accés als serveis públics d'ocupació, entre els que gaudeixen d'un visat per recerca i estudis i treballen i els que gaudeixen d'aquest visat sense treballar, ja que els primers, si han estat autoritzats per treballar, tenen dret a accedir als serveis públics d'ocupació, i no en canvi els que gaudeixen del visat ordinari per recerca i estudis sense demanar l'autorització de treball compatible amb els estudis, ja que en aquest cas el visat habilita només per romandre a Espanya.

6. En el cas del visat per a la cerca d'ocupació, autoritza el titular a desplaçar-se pel territori espanyol amb la finalitat de buscar una ocupació durant un termini de tres mesos. No podrà accedir al mercat de treball fins que, un cop trobada una oferta,

sol·liciti la corresponent autorització inicial de residència i de treball, per la qual cosa el titular del visat per a la cerca d'una ocupació no té dret a accedir als serveis públics d'ocupació, tot i que la finalitat d'aquest visat aconsella (és a dir, no obliga) ser flexible i permetre, sense la inscripció, l'accés als serveis d'intermediació per garantir l'èxit del visat durant els tres mesos pels quals ha estat concedit.

7. La caducitat de les autoritzacions de residència i de treball per compliment del termini establert (un any en el cas de les autoritzacions inicials i dos anys en les renovacions –dues– fins a arribar als cinc anys, que és quan es pot obtenir la residència permanent) no impedeix que el seu titular sol·liciti la inscripció als serveis d'ocupació quan acrediti que ha sol·licitat la renovació de l'autorització per treballar.

Tot i que les renovacions es poden sol·licitar durant els seixanta dies naturals previs a l'expiració, també és possible demanar la renovació dins dels tres mesos posteriors al venciment, tenint en compte que la presentació de la sol·licitud en el termini establert en prorroga la validesa fins a la resolució del procediment de renovació.

8. Hem de tenir en compte els estrets vincles existents entre la durada de les autoritzacions de treball i l'accés als serveis públics d'ocupació, que adquireixen molta importància en el cas de les renovacions on es preveu el silenci estimatori. També s'ha de valorar el caràcter dinàmic de les diferents situacions previstes en el Reglament i descrites en aquest dictamen i el fet que, en alguns casos, l'eficàcia de l'autorització depèn de la posterior afiliació i/o alta en la Seguretat Social, tal com succeeix amb les autoritzacions de residència i de treball concedides durant el procés de normalització, o en el cas d'una autorització de residència temporal per circumstàncies excepcionals basada en l'arrelament social vinculat al món del treball o en el cas del visat per a la cerca d'una ocupació per a determinats sectors d'activitats i/o ocupacions. Per tot això sembla imprescindible i del tot necessari millorar els serveis d'informació existents entre el Ministeri de Treball i Afers Socials i els serveis d'ocupació sobre la situació administrativa dels estrangers documentats, el tipus d'autorització concedida, la seva durada i la seva possible renovació quan es produeixi.

9. En darrera instància, cal destacar la incidència cada cop més gran que l'article 36.3 de la LO 4/2000 té sobre les situacions en què es detecti la contractació d'estrangers

indocumentats, ja que, sens perjudici de les responsabilitats a què doni lloc, no invalida el contracte de treball respecte als drets dels estrangers. Així doncs, es fa necessari agilitar el tràmit de formalització de la corresponent afiliació i/o alta en la Seguretat social per poder accedir als serveis públics d'ocupació.

III. Tercera part

1. Existeix un vincle important entre les polítiques d'ocupació i la immigració, particularment pel que fa a l'objectiu general de garantir la igualtat d'oportunitats i la no-discriminació, així com per la necessària coordinació entre la política d'ocupació i el fenomen migratori, particularment en la consideració dels immigrants com a col·lectius amb dificultats especials d'accés al mercat de treball.

Una de les principals conseqüències d'això és la conveniència d'afavorir, ja que hi ha una mínima base jurídica emparada en els principis esmentats, la utilització dels cursos de formació o integració laboral que pot oferir el servei públic d'ocupació per part dels estrangers residents, al marge de si tenen autorització per treballar.

D'una banda, s'ha vist la importància que han adquirit el seguiment i la realització de cursos de formació i inserció laboral per obtenir l'autorització de treball. D'altra banda, el principi de prohibició de discriminació recorda que està prohibit imposar il·legítimament als estrangers, en situació regular, sense cap altra condició, condicions més costoses que als espanyols o restringir-los o limitar-los l'accés a la formació professional i als serveis socials i socioassistencials.

2. S'ha fet palesa la important tasca de les comunitats autònomes, mitjançant els seus serveis públics d'ocupació, en la gestió de la política sociolaboral en matèria d'ocupació respecte dels immigrants, pel que fa sobretot a la canalització d'aquests cap a l'accés al mercat de treball.

Els tres aspectes bàsics d'aquesta afirmació són l'increment de la presència de les comunitats autònomes en l'elaboració del contingent, l'activitat d'elaboració del catàleg de treball de difícil cobertura, així com la gestió de la situació nacional d'ocupació com

a requisit imprescindible perquè un empresari pugui contractar un treballador estranger no resident a Espanya.

3. Pel que fa al contingent, s'ha establert que el servei públic d'ocupació autonòmic és el mitjà competent per gestionar els cursos de formació a Espanya d'aquests treballadors seleccionats o preseleccionats en origen. Però, d'altra banda, en funció de les competències del servei d'ocupació autonòmic respecte de la gestió de la intermediació i de les polítiques actives, també s'haurien d'arbitrar els mecanismes perquè també pogués assumir les funcions necessàries per executar les funcions relacionades amb la intermediació i la formació en els països d'origen dels estrangers.

4. Pel que fa a la gestió pel servei públic d'ocupació de l'oferta de treball presentada per un empresari no qualificada com de difícil ocupació, la normativa aposta per una gestió individual de l'oferta de treball, que acaba, en el període de 15 dies des de la presentació de l'oferta, amb l'emissió d'un certificat d'inexistència de treballadors adequats i disponibles. De fet, la necessitat que la certificació s'emeti en 15 dies és un factor essencial en la gestió per al servei públic d'ocupació: l'objectiu de la imposició d'aquest termini és simplificar i homogeneïtzar el procediment de certificació del fet que l'oferta de treball no es pot cobrir amb treballadors del nostre mercat de treball, que es vincula al fet de no poder satisfer l'oferta en un termini determinat (15 dies).

5. S'ha d'eliminar l'adopció, per part dels organismes gestors, de diversitat de criteris sobre la inexistència de treballadors desocupats del mercat de treball espanyol que responguin al perfil del lloc de treball per al qual se sol·licita l'autorització laboral, cosa que, al cap i a la fi, l'únic que provoca és que no sempre es produeixi una adequació efectiva dels demandants d'ocupació existents en el mercat nacional als requeriments i les característiques dels llocs que ofereixen les empreses.

6. Pel que fa a la protecció social, té una importància cabdal la competència autonòmica d'assistència i serveis socials, en particular, pel que fa a la cobertura, en un nivell bàsic, dels estrangers en situació irregular. Tot i la dificultat d'interpretar el terme de servei *bàsic*, s'hi poden incloure totes aquelles prestacions que no tinguin caràcter *especialitzat* i que, per tant, responguin a les necessitats bàsiques de l'estranger com a persona: informació com a eina que pot evitar la marginació; cooperació personal quan

l'estranger pugui estar en situació de desemparament; mesures de reinserció quan pugui estar en situació de risc social o protecció personal davant actituds xenòfobes o racistes, etc.

ANNEX I

NORMES I TEXTOS UTILITZATS EN EL DICTAMEN

1. Llei 56/2003, de 16 de desembre, d'ocupació.

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2004-01-01/pdfs/A00028-00036.pdf

2. Llei 17/2002, de 5 de juliol, d'ordenació del sistema d'ocupació i de creació del Servei d'Ocupació de Catalunya.

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2002-08-16/pdfs/A02273-02281.pdf

3. Llei 2/2004, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2005. (BOE 312, de 28-12-2004.)

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2005-01-01/pdfs/A00083-00223.pdf

4. Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2000-02-09/pdfs/A00394-00404.pdf

5. Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2001-01-15/pdfs/A00030-00044.pdf

6. Reial decret 864/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament d'execució de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, reformada per la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2001-08-16/pdfs/A01594-01641.pdf

7. Llei orgànica 14/2003, de 20 de novembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, modificada per la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre; de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local; de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial.

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2003-11-24/pdfs/A04478-04489.pdf

8. Reial decret 2393/2004, de 30 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. (BOE 6, de 7-1-2005.)

http://www.boe.es/boe_catalan/dias/2005-01-17/pdfs/A00379-00430.pdf

9. Constitució espanyola del 1978.

<http://www.ub.es/mercanti/Constitucio/titol8cap3.html>.

10. Estatut d'autonomia de Catalunya del 1979.

<http://www10.gencat.net/gencat/AppJava/cat/generalitat/estatut/primer.jsp>

11. Resolució de 8 de febrer de 2005.

<http://www.boe.es/boe/dias/2005-02-24/pdfs/A06616-06617.pdf>

12. Primer catàleg d'ocupacions de difícil cobertura a Catalunya per al segon semestre de l'any 2005.

http://www.gencat.net/treballiindustria/doc/doc_45209100_1.pdf

13. Dades sobre protecció contra la desocupació publicades pel Ministeri de Treball i Afers Socials corresponents al mes d'abril de 2005.

<http://www.tt.mtas.es/periodico/Laboral/200505/pdf%20abril2005.pdf>.

14. Proposta de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. Primera lectura. Maig de 2005.

http://www.parlament-cat.net/porteso/estatut/estatut_1a.pdf

ANNEX II

I. TEXTOS I NORMATIVA COMUNITÀRIA

1. Directiva 2002/90/CE del Consell, de 28 de novembre de 2002, destinada a reforçar el marc penal per a la repressió de l'ajuda a l'entrada, a la circulació i a l'estada irregulars.

La norma va entrar en vigor el dia de la seva publicació i obliga els Estats membres a adoptar les mesures necessàries per donar compliment a les seves previsions abans del 5 de desembre de 2004. Complementa altres instruments comunitaris adoptats per combatre la immigració clandestina, l'ocupació il·legal, el tràfic d'éssers humans i l'explotació sexual dels infants, i estableix unes normes mínimes per a les sancions, la responsabilitat de les persones jurídiques i la competència.

A aquest efecte, les infraccions previstes en la Directiva 2002/90, de 28 de novembre de 2002, han de ser sancionades amb penes privatives de llibertat no inferiors a vuit anys (amb l'excepció de sis anys si és indispensable “per salvar la coherència del règim sancionador nacional”) quan es tracti d'una infracció comesa com a part de les activitats d'una organització delictiva o d'una infracció que posi en perill la vida de les persones que són objecte de la infracció. A més, aquestes sancions podran anar acompanyades del decomís del mitjà de transport utilitzat per cometre la infracció penal, la prohibició d'exercir, directament o per persona interposada, l'activitat professional en l'exercici de la qual s'hagi comès la infracció, i l'expulsió.

Cada Estat membre adoptarà les mesures oportunes perquè les persones jurídiques responsables de les infraccions puguin ser sancionades, amb l'exclusió que puguin gaudir d'avantatges o ajudes públiques, la prohibició temporal o permanent de dur a terme activitats comercials, el sotmetiment a vigilància judicial, o la mesura judicial de liquidació. La responsabilitat de la persona jurídica s'entendrà sense perjudici de la responsabilitat de les persones físiques que siguin autores, instigadores o còmplices de les infraccions.

2. Directiva 2002/90/CE, de 28 de novembre de 2002, destinada a definir l'ajuda a l'entrada, a la circulació i a l'estada irregulars.

La norma va entrar en vigor el dia de la seva publicació i obliga els Estats membres a adoptar les mesures necessàries per adaptar la seva normativa a les previsions d'aquest text abans del 5 de desembre de 2004. Té com a objectiu principalment definir l'ajuda a la immigració clandestina i complementa altres instruments jurídics adoptats a aquest efecte.

Les sancions hauran de ser imposades a tota persona que intencionadament n'ajudi una altra de no nacional d'un Estat membre a “entrar al territori d'un Estat membre o a transitar-hi”, amb vulneració de la legislació vigent, i a tota persona que intencionadament ajudi, amb ànim de lucre, una persona no nacional d'un Estat membre “a romandre al territori d'un Estat membre” amb vulneració de la legislació vigent. Per evitar l'aplicació d'aquesta norma quan l'ajuda a entrar a un Estat membre o a transitar-hi sigui només pel motiu de “prestar ajuda humanitària a la persona de què es tracti”, la norma permet als Estats membres no sancionar aquesta conducta.

3. Reglament (CE) núm. 859/2003 del Consell, de 14 de maig de 2003, pel qual s'amplien les disposicions del Reglament (CEE) núm. 1408/71 i del Reglament (CEE) núm. 574/72 als nacionals de tercers països que, a causa únicament de la seva nacionalitat, no estiguin coberts per aquests mateixos reglaments.

La norma, que va entrar en vigor el primer dia del mes següent al de la seva publicació, estén les disposicions comunitàries en matèria de protecció social als nacionals de tercers Estats i membres familiars, sempre que es trobin en situació de residència legal en el territori d'un Estat de la UE i sempre que es trobin en una situació en què tots els elements no estiguin situats a l'interior únicament d'un sol Estat membre.

És important recordar que la norma que comentem, que no dóna lloc al reconeixement de cap dret per a períodes anteriors a l'1 de juny de 2003, no afecta les competències de cada Estat sobre la regulació de l'accés al seu territori i al mercat de treball; és a dir, i tal com es disposa expressament en el preàmbul de la norma, la legalitat de la residència de l'immigrant en qüestió és una condició prèvia a l'aplicació de les disposicions del

Reglament, i és cada Estat el que regularà el dret d'entrada, estada o residència, i l'accés al seu mercat de treball.

Finalment, cal indicar, com a qüestió específica, que el manteniment del dret a prestacions per desocupació estarà supeditat a la inscripció de l'interessat com a demandant d'ocupació davant dels serveis d'ocupació de l'Estat o Estats on vagi, circumstància que implica, òbviament, que el nacional d'un tercer Estat ha de gaudir de permís de residència i ha de poder exercir legalment una ocupació.

4. Directiva 2003/86/CE del Consell, de 22 de setembre de 2003, sobre el dret a reagrupament familiar.

La norma va entrar en vigor el dia de la seva publicació i fixa un termini de dos anys perquè els Estats membres la transposin als seus ordenaments jurídics i un altre de quatre anys perquè la Comissió informi el Parlament Europeu i el Consell sobre la seva aplicació i proposi, si s'escau, les modificacions que consideri oportunes. El text comunitari és una norma de mínims, en la mesura que no impedeix el manteniment o l'adopció de disposicions més favorables al reagrupament familiar per part dels Estats membres i d'altres normes internacionals.

La norma té com a finalitat regular les condicions en què poden exercir el dret al reagrupament familiar els nacionals de tercers països que resideixen legalment al territori dels Estats membres, sol·licitat per ells mateixos o pels familiars nacionals de tercers països. En el preàmbul de la norma s'afirma que les mesures adreçades a aquest efecte s'han d'adoptar "d'acord amb l'obligació de protegir la família i respectar la vida familiar que es consagra en nombrosos instruments del dret internacional", tot i que al contingut del text s'estableixen uns requisits segons el nostre parer bastant restrictius per poder exercir plenament aquest dret. El reagrupament només es podrà exercir quan qui reagrupi sigui titular d'un permís de residència amb validesa igual o superior a un any i tingui "una perspectiva fonamentada" d'obtenir el dret a la residència permanent.

Com a regla general, el reagrupament es podrà fer amb el cònjuge, els fills menors del reagrupant i del seu cònjuge, sempre que tinguin una edat inferior a la de l'adquisició de la majoria legal de l'Estat d'acollida i no estiguin casats. Ara bé, les restriccions a les

quals ens referíem anteriorment es manifesten aquí en la possibilitat que es dóna als Estats membres de verificar, quan es tracti del reagrupament d'un fill més gran de 12 anys, i a l'efecte d'autoritzar el reagrupament, si compleix "algun criteri d'integració previst per la seva legislació existent en la data d'aplicació de la Directiva". També es manifesten en el fet que els Estats, "excepcionalment", podran exigir que les sol·licituds de reagrupament dels fills menors es facin abans que aquests compleixin 15 anys.

Pel que fa a altres possibles supòsits de reagrupament familiar, la Directiva deixa a cada Estat la facultat de decidir si autoritza l'entrada de la parella no casada del reagrupant que hi mantingui una relació estable degudament provada, la dels ascendents en primer grau del reagrupant o del seu cònjuge "quan estiguin a càrrec seu i no tinguin el suport familiar adequat al país d'origen", i dels fills majors solters d'ambdós "quan no siguin objectivament capaços de proveir les seves pròpies necessitats a causa del seu estat de salut". Amb l'intent d'evitar matrimonis forçats, es permetrà als Estats que exigeixin que ambdós cònjuges hagin complert els 21 anys, com a màxim, abans que es pugui produir el reagrupament, i es preveu igualment la denegació de la sol·licitud de reagrupament quan aquest matrimoni, o la relació de parella, s'hagi formalitzat, i quedi degudament provat, "únicament perquè la persona interessada pugui entrar en un Estat membre o residir-hi".

El text justifica l'establiment de mesures restrictives per a les sol·licituds de reagrupament familiar de famílies poligàmiques pel respecte als valors i principis dels Estats membres, per la qual cosa no s'autoritzarà el reagrupament familiar d'un nou cònjuge quan el sol·licitant ja visqui amb un cònjuge al territori de l'Estat d'acollida, com també s'autoritzarà els Estats a limitar el reagrupament familiar dels fills menors del nou cònjuge i del reagrupant.

La tramitació de la sol·licitud haurà de durar com a màxim nou mesos, si bé s'autoritza l'ampliació d'aquest termini per raons vinculades amb la complexitat de l'expedient objecte d'examen. A la petició s'hi haurà d'adjuntar tota la documentació que acrediti que el reagrupant pot fer-se càrrec del manteniment dels reagrupats, és a dir, habitatge, assegurança de malaltia, recursos fixos i regulars que evitin haver d'acudir al sistema d'assistència social de l'Estat d'acollida. A més, els Estats membres podran requerir que els nacionals de tercers països "compleixin les mesures d'integració d'acord amb la

legislació nacional”. Una nova restricció al lliure reagrupament es manifesta en la possibilitat que s’ofereix als Estats membres que impedeixin l’exercici del dret fins que el reagrupant hagi residit legalment en el seu territori durant un període mínim de dos anys, període que es pot ampliar fins a tres anys, des de la presentació de la sol·licitud fins a l’expedició del permís de residència per als reagrupats, per raó de la capacitat d’acollida de l’Estat. Respecte al reagrupament familiar de refugiats, que es regula en el capítol V de manera separada, la nota més destacada és que no s’exigeix un període mínim d’estada en l’Estat d’acollida per poder exercir el dret al reagrupament familiar.

Una vegada obtingut el permís de residència per a la família del reagrupant, de durada mínima d’un any i renovable, els seus membres tindran drets educatius, formatius i laborals en els termes establerts en l’article 13. Novament es podran establir restriccions a l’accés al treball per compte d’altri o propi durant un període màxim de dotze mesos des de la concessió del permís de residència, període durant el qual “els Estats membres podran estudiar la situació dels seus mercats laborals”. Les restriccions són encara més clares i evidents quan es tracti dels reagrupats ascendents i fills solters majors d’edat, ja que en la norma es disposa de manera clara i manifesta que els Estats membres, sense límit temporal, podran limitar l’accés a una activitat per compte propi o d’altri. Com a regla general, la concessió del permís de residència autònom del cònjuge es concedirà al cap de cinc anys de residència, i s’estableixen regles específiques en cas de viduïtat, divorci, separació o mort.

La regulació de les sancions i recursos en cas de denegació de la sol·licitud es recull en el capítol VII. És especialment important, per a l’adopció final per les autoritats competents, que es tingui en consideració la naturalesa i solidesa dels vincles familiars de la persona i la durada de la seva residència a l’Estat membre, així com l’existència de llaços familiars, culturals o socials amb el seu país d’origen.

5. Directiva 2003/109/CE del Consell, de 25 de novembre de 2003, relativa a l'estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga durada (DOCE L16, 23 de gener de 2004).

A) La norma va entrar en vigor el dia de la seva publicació. En el preàmbul es recorda que la integració dels nacionals de tercers països que estiguin instal·lats permanentment

en els Estats membres és un element clau per promoure la cohesió econòmica i social, objectiu fonamental de la Comunitat. Aquesta integració s'assolirà després d'un període de residència ininterromput (cinc anys), però també es requereix que s'acrediti disposar de recursos suficients i d'una assegurança de malaltia per evitar convertir-se en una càrrega per als Estats membres. A més, aquests ciutadans tampoc no hauran de representar “una amenaça actual ni a l'ordre públic ni a la seguretat pública interior”. Recordem que s'entén per nacional d'un tercer país “qualsevol persona que no sigui ciutadana de la Unió segons el que es disposa en l'apartat 1 de l'article 17 del Tractat constitutiu de la Unió Europea”. La Directiva possibilita als Estats membres que requereixin als nacionals de tercers països “que compleixin les mesures d'integració de conformitat amb la legislació nacional”.

B) S'entendrà per *recursos suficients* (art. 5) els recursos fixos i regulars no inferiors a la quantitat llindar per sota de la qual es pot concedir una assistència social a l'Estat membre en qüestió. El caràcter fix dels recursos s'avaluarà en funció de la naturalesa i regularitat dels ingressos abans de l'adquisició de l'estatut de resident de llarga durada.

C) L'art. 11 regula la igualtat de tracte dels nacionals d'un Estat i els residents de llarga durada. Si bé en la introducció es marca l'objectiu que els residents de tercers països gaudeixin de la igualtat de tracte amb els ciutadans dels Estats membres, el text articulat estableix restriccions respecte a això. Pel que fa a la igualtat en l'accés a un lloc de treball, no es dona quan les activitats estiguin relacionades, encara que sigui amb caràcter ocasional, amb l'exercici de la potestat pública. S'inclou expressament la igualtat de tracte en matèria de protecció social i assistència social, si bé es deixa la porta oberta igualment que els Estats membres puguin limitar la igualtat de tracte a les “prestacions bàsiques” de l'assistència social i la protecció social.

D) L'estatut de resident de llarga durada és permanent. No obstant això, diverses situacions poden comportar-ne la pèrdua, entre les quals hi ha l'absència del territori comunitari durant dotze mesos consecutius; respecte a això els Estats membres poden establir excepcions, les quals s'haurien de preveure amb molt detall segons el nostre parer, ja que es tracta d'una qüestió delicada, i recordem que la proposta de Directiva establia un període de dos anys. Els Estats regularan un procediment simplificat per a aquells residents de llarga durada que hagin perdut aquest estatut per absències en el

territori. Considerem que s'ha de regular de manera expressa i amb les mínimes càrregues burocràtiques possibles, és a dir, que sigui realment un procediment simplificat.

La pèrdua de l'Estatut també es pot produir per decisió dels Estats si s'ha comès una infracció que amenaci l'ordre públic, sense que aquesta decisió comporti adoptar una mesura d'expulsió, novetat introduïda per la Directiva. Considerem que caldria regular detalladament quines poden ser aquestes accions, ja que poden comportar arbitrarietats.

E) En alguns àmbits, l'Estat d'acollida pot limitar la igualtat de tracte al fet que el lloc de residència habitual del resident de llarga durada sigui en el seu territori. Per exemple, pot mantenir restriccions a l'accés a l'ocupació o a activitats no assalariades si, d'acord amb la seva legislació o amb el dret comunitari, aquestes activitats estan reservades als nacionals, als ciutadans comunitaris o als nacionals de l'Espai Econòmic Europeu.

F) El capítol III de la Directiva es refereix al dret de residència en un segon Estat, és a dir, a la possibilitat que un nacional d'un tercer país amb l'estatut de resident de llarga durada concedit per un Estat membre, de conformitat amb aquesta Directiva, pugui residir, durant més de tres mesos, en un altre Estat membre sense haver de complir de nou les condicions d'accés al nou país i sense perdre el seu estatut. La pèrdua es produirà quan, després de cinc anys de residència en el segon Estat, sol·liciti ser resident de llarga durada del mateix Estat. Existeix la possibilitat que els Estats limitin el nombre de persones a les quals concedeixen el permís de residència, sempre que aquesta restricció ja estigui prevista en les legislacions nacionals en el moment d'adoptar la Directiva que ara comentem.

6. Directiva 2004/38/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement al territori dels Estats membres.

La Directiva va entrar en vigor el dia de la publicació i concedeix un termini de dos anys als Estats membres perquè posin en marxa les disposicions legislatives, reglamentàries i administratives necessàries per garantir-ne el compliment. Es fixa igualment un altre termini, el 30 d'abril de 2008 com a màxim, perquè la Comissió

presenti al Parlament Europeu i al Consell un informe sobre l'aplicació de la norma, així com les propostes de modificació que calgui fer-hi. Com que es tracta d'una directiva com a norma mínima, es possibilita que els Estats membres puguin mantenir aquelles disposicions que considerin més favorables per a l'exercici dels drets de lliure circulació i de residència. Finalment, cal recordar la prohibició genèrica de discriminació quan s'apliqui als beneficiaris, de manera que ningú no pugui ser perjudicat per raó de “sexe, raça, origen ètnic o social, característiques genètiques, llengua, religió o conviccions, opinions polítiques o d'altre tipus, pertinença a una minoria nacional, patrimoni, naixement, discapacitat, edat o orientació sexual”.

La norma té com a finalitat codificar i revisar els instruments comunitaris que existien fins ara en matèria de lliure circulació i que afecten diversos col·lectius com els treballadors per compte d'altri, aquells que presten els seus serveis per compte propi, els estudiants o les persones estadísticament conceptuades com a inactives, amb el propòsit de simplificar i reforçar el dret de lliure circulació i residència de tots els ciutadans de la UE. Per aquest motiu, per mitjà de la nova directiva s'unifica en un sol text tota la dispersa regulació anterior i es deroguen les normes que regulaven cada supòsit de manera específica i diferenciada.

La norma s'aplica a tot ciutadà de la UE que resideixi o es traslladi a un Estat diferent d'aquell del qual tingui la nacionalitat, així com als membres de la seva família que l'acompanyin o es reuneixin amb ell. Sense perjudici de les ampliacions que pugui fer un Estat, la norma comunitària conceptua com a família el cònjuge, els descendents directes menors de 21 anys o a càrrec i els del cònjuge o parella de fet, els ascendents directes a càrrec i els del cònjuge o parella de fet.

La norma, en efecte, conceptua com a membre de la família la “parella de fet”, que defineix com aquella amb la qual el ciutadà de la UE ha subscrit una unió registrada, d'acord amb la legislació d'un Estat membre, però sempre que “la legislació de l'Estat membre d'acollida atorgui a les unions registrades un tracte equivalent als matrimonis i d'acord amb les condicions establertes en la legislació aplicable de l'Estat membre d'acollida”.

La norma reconeix el dret de residència al territori d'un altre Estat membre per un període de tres mesos sense necessitat de complir cap altre requisit que el de disposar d'un document d'identitat o passaport vàlid, i amplia aquest dret a un període superior sempre que hi concorrin determinats supòsits detallats en l'article 7, com ara ser treballador a l'Estat d'acollida, disposar de recursos suficients per no ser una càrrega per a l'erari públic, estar matriculat en un centre d'ensenyament reconegut oficialment i disposar d'una assegurança de malaltia i recursos econòmics suficients per no convertir-se en una càrrega per a l'assistència social de l'Estat d'acollida.

Des de la perspectiva de les polítiques d'ocupació, és important destacar (article 7.3) que es mantindrà el dret a la residència per a un treballador que tingui una incapacitat temporal o que es trobi en situació d'atur involuntari després d'haver estat empleat durant un any i sempre que s'inscrigui com a demandant d'ocupació en la corresponent oficina d'ocupació; quan hagi treballat per un període inferior a un any i l'atur sigui involuntari (en aquest cas, la condició de treballador es mantindrà durant un període que no podrà ser inferior a sis mesos); o, finalment, si segueix una formació professional, amb el benentès que, “tret que es trobi en situació d'atur involuntari, el manteniment de la condició de treballador exigirà que la formació mantingui relació amb l'ocupació prèvia”.

També és important posar en relleu que, d'acord amb el que es disposa en l'article 14.4, no es podran adoptar mesures d'expulsió contra ciutadans de la UE o els membres de la seva família, excepte òbviament per motius de seguretat o d'ordre públic, quan siguin treballadors o quan hagin entrat a l'Estat d'acollida (el ciutadà de la Unió) per buscar feina i puguin demostrar que continuen buscant-ne i que tenen possibilitats reals de ser contractats.

Pel que fa a què cal entendre per “recursos suficients”, la norma no fa referència a cap import fix, sinó que disposa que caldrà tenir en compte la situació personal de la persona interessada, i que en tot cas aquest import “no superarà el nivell de recursos per sota del qual l'Estat membre d'acollida pot concedir assistència social als seus nacionals o, quan no es pugui aplicar aquest criteri, el nivell de la pensió mínima de seguretat pagada per l'Estat membre d'acollida”.

El dret de residència permanent s'adquireix una vegada s'hagi residit legalment durant cinc anys de manera continuada a l'Estat d'acollida, si bé es preveuen diversos supòsits d'absències de l'Estat d'acollida que no afectaran negativament l'obtenció d'aquest estatus (per exemple: l'absència no superior a dotze mesos per trasllat a un altre Estat per raons de treball). L'article 17 preveu el reconeixement de la residència permanent per a supòsits relacionats amb el món laboral i sense que hagin transcorregut els cinc anys esmentats, com ara haver arribat a l'edat de jubilació, haver residit de manera continuada a l'Estat d'acollida durant més de tres anys i haver treballat com a mínim durant els últims dotze mesos anteriors al compliment de l'edat de jubilació, o bé que aquell treballador hagi residit de manera continuada durant més de dos anys a l'Estat d'acollida i que cessi en la seva activitat a causa d'una incapacitat laboral permanent; no es requerirà cap període previ si la incapacitat és com a conseqüència d'un accident de treball o d'una malaltia professional.

El dret a treballar per compte propi o d'altri es reconeix també als membres de la família del ciutadà de la UE que siguin beneficiaris del dret de residència o del dret de residència permanent en un Estat membre, amb independència de la seva nacionalitat. En tot cas, i sent conscient el legislador dels riscos que planteja en algun cas el reconeixement derivat dels drets, es disposa en l'article 35 que els Estats membres “adoptaran les mesures necessàries per denegar, extingir o retirar qualsevol dret conferit per la present directiva en cas d'abús de dret o frau, com els matrimonis de conveniència”.

7. Directiva 2004/81/CE del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa a l'expedició d'un permís de residència a nacionals de tercers països que siguin víctimes del tràfic d'éssers humans o hagin estat objecte d'una acció d'ajut a la immigració il·legal que cooperin amb les autoritats competents.

La norma va entrar en vigor el dia de la publicació i concedeix un termini de dos anys als Estats membres, és a dir, fins al 6 d'agost de 2006, perquè adoptin les disposicions legals, reglamentàries i administratives que donin compliment al que s'hi estableix, amb un termini addicional fins al 6 d'agost de 2008 perquè la Comissió informi el Consell i el Parlament de la seva aplicació i perquè, si escau, proposi les modificacions que consideri necessàries.

En la introducció de la norma, que no serà aplicable al Regne Unit, Irlanda i Dinamarca, es destaca que l'elaboració d'una política comuna d'immigració és un element constitutiu de la UE per establir un espai de llibertat, seguretat i justícia, i que des de la reunió del Consell Europeu de Tampere l'octubre del 1999 s'ha fet èmfasi en la lluita contra la immigració il·legal en el seu origen. Se subratlla igualment que la Comunitat Europea i els (aleshores) 15 Estats membres van firmar la Convenció de l'ONU, així com els seus protocols, contra la delinqüència organitzada transnacional, i que ja anteriorment s'han adoptat normes que incideixen en la lluita contra la immigració il·legal, com la Directiva 2002/90/CE i la Decisió marc 2002/629/JAI.

Tal com es disposa en l'article 1, la Directiva defineix les condicions per concedir permisos de residència de durada limitada, "en funció de la durada dels procediments nacionals pertinents", a nacionals de tercers països que cooperin en la lluita contra el tràfic d'éssers humans o contra l'ajut a la immigració il·legal, permís que permetrà a l'esmentat ciutadà estar-se legalment al territori de l'Estat membre corresponent. L'aplicació de la Directiva, com a regla general als majors d'edat i algun cop als menors, serà automàtica quan es tracti de persones que siguin o hagin estat víctimes de delictes relacionats amb el tràfic d'éssers humans, encara que hagin entrat de manera il·legal al territori de l'Estat membre, i es deixa als Estats membres que l'apliquin també quan es tracti de nacionals de tercers països que hagin estat objecte d'una acció d'ajut a la immigració il·legal.

En la Directiva s'assumeix que la concessió del permís de residència pot ser un al·licient important perquè les persones que hagin sofert aquestes situacions cooperin amb les autoritats nacionals competents. Per aconseguir que la informació arribi a coneixement de la persona interessada, la qual probablement tindrà reticències a establir relacions amb les autoritats de l'Estat per por de ser expulsada, la Directiva faculta els Estats a decidir que aquesta informació "també pugui ser facilitada per una organització no governamental o una associació designada específicament per l'Estat membre de què es tracti".

Des de la perspectiva de les polítiques socials i d'ocupació, és important destacar que es remet als Estats membres la regulació de les normes per les quals s'autoritza els titulars

del permís de residència (de durada mínima de sis mesos i renovable si es mantenen les condicions que en van motivar la concessió inicial) a accedir al mercat de treball, a la formació professional i a l'educació durant el període de vigència del permís, i que també es remet a la legislació nacional de cada Estat la manera com les seves autoritats competents determinin les condicions i els procediments d'autorització d'accés al mercat de treball, a la formació professional i a l'educació. En la introducció de la norma s'argumenta que la concessió de l'accés al món laboral i educatiu pot servir perquè el ciutadà afectat pugui recuperar la seva independència i perquè no torni a caure en xarxes delictives. En la mateixa línia, es possibilita que les persones interessades puguin accedir (la redacció de l'article 12 és bastant més àmplia que la de l'article 11) a programes o plans existents per recuperar una vida social normal, en els quals es poden incloure cursos per millorar les seves aptituds professionals (i que per tant tenen una relació molt estreta amb el mercat de treball) o que preparin el seu retorn assistit al país d'origen.

Cal indicar, perquè no hi hagi dubtes sobre això, que la concessió del permís temporal de residència no serà certament fàcil per als que el sol·licitin, ja que hauran de complir de manera conjunta una sèrie de requisits establerts a l'article 8 i que els Estats membres, en l'exercici de les seves competències, hauran de valorar en cada cas en el moment de prendre la decisió: la conveniència que presenta la pròrroga de l'estada de la persona interessada al territori de l'Estat amb la finalitat de facilitar les investigacions o les accions judicials; la clara voluntat de cooperació que hagi mostrat la persona; que hagi trencat totes les relacions amb els presumptes autors de fets que poguessin ser constitutius dels delictes d'acció d'ajut a la immigració il·legal o de tràfic d'éssers humans. A més, el permís es podrà retirar en qualsevol moment si deixen de complir-se les condicions requerides per expedir-lo. L'article 13.2 disposa que, al final del permís de residència expedit a l'empara d'aquesta directiva, "s'aplicarà la legislació d'estrangeria ordinària".

8. Directiva del Consell 2004/114/CE, de 13 de desembre de 2004, relativa als requisits d'admissió dels nacionals de tercers països a l'efecte d'estudis, intercanvi d'alumnes, pràctiques no remunerades o serveis de voluntariat.

La norma va entrar en vigor vint dies després de la publicació i disposa que haurà d'estar incorporada a la normativa dels Estats membres com a màxim abans del 12 de gener de 2007, si bé es concedeix un període addicional de dos anys per a la concessió de permisos de residència regulats en el capítol III. Té com a finalitat regular els requisits d'admissió de nacionals de tercers Estats i les normes relatives als procediments d'admissió, per cursar estudis, realitzar intercanvis d'alumnes, pràctiques no remunerades o serveis de voluntariat, en un Estat membre i per un període superior a tres mesos.

Per consegüent, la norma s'aplica tant a estudiants d'ensenyament secundari com superior. Es fixa el permís de residència en un any, renovable si es continuen donant les condicions que van possibilitar-ne l'obtenció, i no s'aplica (així es disposa de manera expressa en l'article 3 i) “als nacionals de tercers països considerats treballadors per compte d'altri o propi d'acord amb la legislació nacional de l'Estat membre de què es tracti”. En la introducció de la norma es valora de manera positiva aquest procés migratori, que es conceptua com a temporal per definició “i independent de la situació del mercat laboral de l'Estat membre d'acollida”.

Pel que fa a l'impacte d'aquesta norma sobre les polítiques d'ocupació, hem de prestar una atenció especial al capítol IV, dedicat a les activitats econòmiques dels estudiants, als quals es reconeix el dret a exercir una activitat per compte d'altri o per compte propi, en el marc de la normativa aplicable de cada Estat i tenint en compte la situació del mercat laboral de cada Estat. També hi ha la possibilitat que durant el primer any de residència (i per consegüent el primer període durant el qual l'estudiant s'hauria de concentrar fonamentalment en la seva activitat estudiantil) es pugui restringir el seu accés a les activitats econòmiques. La norma proclama de manera expressa que l'accés dels estudiants al mercat de treball hauria de ser una norma general i que només “en circumstàncies excepcionals” els Estats membres haurien de tenir en compte la situació nacional dels seus mercats de treball, i que la regulació del treball dels estudiants no

afectarà de cap manera la legislació nacional de cada Estat relativa al treball a temps parcial.

En tot cas, correspondrà a cada país fixar el nombre màxim d'hores, dies o mesos durant els quals l'estudiant podrà desenvolupar una activitat professional, amb un mínim de 10 hores setmanals o el seu equivalent en períodes mensuals o anuals. Finalment, perquè els poders públics puguin fer un major seguiment d'aquesta activitat, en l'article 17.4 es disposa que els Estats membres podran exigir que els estudiants declarin, anticipadament o no, “l'exercici d'una activitat econòmica davant una autoritat designada per l'Estat membre interessat. Una obligació de declaració, eventualment amb caràcter previ, es pot també imposar als seus ocupadors”.

9. Decisió del Consell de 22 de desembre de 2004, per la qual determinats àmbits coberts pel títol IV de la tercera part del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea es regiran pel procediment previst en l'article 251 d'aquest Tractat.

Per mitjà de la norma, dictada en virtut del que es preveu en l'article 67 del Tractat d'Amsterdam, es modifica l'aplicació de la regla d'adopció de decisions per unanimitat en determinades matèries relacionades amb la immigració, i se substitueix per la de la majoria qualificada, d'acord amb el que es disposa en l'article 251 del Tractat. Per consegüent, la norma aplica les noves regles a determinades mesures que s'adoptin en matèria d'immigració i asil regulades en el títol IV de la tercera part del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea.

En concret, la norma, que també s'aplicarà al Regne Unit i a Irlanda però no a Dinamarca, aplicarà el nou procediment de presa de decisions a les matèries següents: mesures sobre el creuament de les fronteres exteriors dels Estats membres en les quals s'estableixin les normes aplicables als visats d'una durada no superior als tres mesos; mesures que estableixin les condicions en les quals els nacionals de tercers països puguin viatjar lliurement en el territori dels Estats membres durant un període no superior a tres mesos; mesures relatives als refugiats i persones desplaçades en l'àmbit del foment d'un esforç equitatiu entre els Estats membres en la seva acollida i en l'assumpció de les conseqüències d'aquesta acollida; mesures sobre polítiques

d'immigració en l'àmbit de la immigració i residència il·legals, incloent-hi la repatriació de residents il·legals.

D'altra banda, en la norma es disposa expressament que, mentre no entri en vigor el Tractat (és a dir, fins a l'1 de novembre de 2006), la unanimitat serà la regla d'adopció de decisions sobre qüestions referents a la migració legal de nacionals de tercers països amb destinació a Estats membres i entre Estats membres. Igualment, es deixa constància que el canvi de regles per a la presa d'acords no afecta de cap manera la competència dels Estats membres “pel que fa a la delimitació geogràfica de les seves fronteres, d'acord amb el dret internacional”. Finalment, es deixa la porta oberta perquè el Consell adopti, d'acord amb la base jurídica establerta en el Tractat, “mesures de foment destinades a donar suport a l'acció dels Estats membres en matèria d'integració dels nacionals de tercers països que resideixen legalment als seus territoris”.

II. NORMATIVA ESTATAL

1. Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social

L'aprovació definitiva el dimecres 22 de desembre de 1999 pel Congrés dels Diputats d'aquesta llei, que va entrar en vigor vint dies després de la seva publicació, és una bona notícia per als que pensem que cal avançar en processos legislatius i socials que facilitin que totes les persones que viuen en qualsevol país tinguin els mateixos drets, llibertats i obligacions.

És una bona notícia perquè la llei millora substancialment la situació de tots els estrangers i, per consegüent, es reconeixen molts drets al marge de la situació de regularitat o irregularitat en què es troben al nostre país. D'aquesta manera, es podrà avançar en un procés d'integració social de nombroses persones que anteriorment, sobretot les que no disposaven de la documentació que acredités la seva residència legal a Espanya, no podien disposar de bona part dels drets reconeguts en tractats internacionals i en la mateixa Constitució ni exercir-los, ja que l'anterior Llei orgànica d'estrangeria, del 1985, era restrictiva en bastants aspectes. Si prestem atenció a l'amplitud de la redacció dels articles del títol primer ens adonarem que efectivament

s'ha millorat, almenys en el pla teòric, la situació de tots els estrangers i no només la dels “legals” o que es troben en situació de regularitat. No és tampoc menys important l'obligació de l'autoritat competent de resoldre de manera expressa i motivada totes les sol·licituds de visats que es formulin. Ni és menys important que s'hagi reconegut en l'article 29 la possibilitat d'accedir a la residència temporal a l'estranger que acrediti una estada ininterrompuda de dos anys en territori espanyol, figuri empadronat en un municipi en el moment en què formuli la petició i disposi de mitjans econòmics per atendre la seva subsistència. O l'obertura d'un nou procés de regularització dels residents irregulars a Espanya que es trobessin al nostre territori abans del dia 1 de juny de 1999 i que acreditin haver sol·licitat algun cop permís de residència o de treball o que n'hagin tingut en els últims tres anys.

A continuació expliquem els aspectes més rellevants de la norma des de la perspectiva de la política d'ocupació. La Llei considera com a estranger qui no té la nacionalitat espanyola, si bé remet a la normativa comunitària els ciutadans de països membres de la Unió Europea i aquelles persones a les quals per altres motius també els sigui aplicable (Tractat d'Amsterdam i normes dictades en desplegament del Tractat de Roma i de Maastricht). No obstant això, disposa que sí que els serà aplicable la Llei que ara comentem en tots aquells aspectes que poguessin ser més favorables que la normativa comunitària. Les normes reguladores dels drets i llibertats dels estrangers s'hauran d'interpretar d'acord amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i acords internacionals, i no es podrà al·legar cap mena de creença religiosa o convicció ideològica o cultural de signe divers. Així ho disposa clarament i taxativament l'art. 3r per justificar la realització d'actes o conductes contràries a aquelles normes.

El títol primer inclou diversos drets de contingut sociolaboral, dels quals destaquem només els aspectes més rellevants. En l'art. 10 es reconeix el dret al treball i a la Seguretat Social en els termes previstos en aquesta llei i en les disposicions que la despleguen. S'inclou de manera expressa la possibilitat d'accedir com a personal laboral al servei de les administracions públiques, i no es fa referència a l'accés dels estrangers a l'estatut funcionarial perquè ja existeix una regulació pròpia i específica sobre la matèria.

Respecte del dret de sindicació recollit en l'art. 28.1 de la Constitució espanyola, la nova

lleï el reconeix als treballadors estrangers que es trobin a Espanya, sense que hi hagi cap referència a la situació de regularitat o irregularitat, i passa el mateix en el supòsit del reconeixement del dret de vaga.

Quant a les prestacions de Seguretat Social i serveis socials, es reconeixen als estrangers residents (hem d'observar aquí la menció expressa a la residència, que no existeix en altres preceptes) en les mateixes condicions que als espanyols, tot i que es reconeix a tots els estrangers, amb independència de la seva situació administrativa, el dret als serveis i prestacions socials bàsiques.

La regulació laboral concreta està continguda bàsicament en el capítol III, que regula el permís de treball i els règims especials, tot i que en altres apartats de la norma també trobem referències directes o indirectes a les qüestions de caràcter laboral. Amb caràcter general, i igual que passa en la major part de la resta de l'articulat, la lleï no distingeix segons la situació regular o irregular de l'estranger al nostre país, i per això no es troba una menció expressa al permís de residència per als estrangers més grans de 16 anys que vulguin treballar per compte propi o d'altri, per al qual sí que caldrà disposar d'autorització administrativa o permís per treballar. L'obligació assumida per l'empresari de sol·licitar autorització prèvia per contractar a l'autoritat administrativa laboral no implica, i això és realment important, que la inexistència de l'autorització anul·li el contracte. L'art. 33.3 disposa que aquesta mancança no podrà donar lloc a les responsabilitats corresponents i, a més, no invalidarà el contracte respecte dels drets del treballador estranger.

La referència a la inexistència de treballadors desocupats en l'àmbit d'activitat geogràfica o en el sector on volgués prestar serveis el treballador segons la normativa anterior, ha deixat pas a una referència més general, que assenyala l'obligació que tenen les autoritats laborals de considerar "la situació nacional d'ocupació". La durada del permís serà inferior a cinc anys i en un primer moment es podrà limitar a un determinat territori, sector o activitat, tot i que després de la primera renovació, pel fet de subsistir els motius que en van possibilitar la concessió, el permís es concedeix sense cap limitació, i una vegada superats els cinc anys, sumant el primer permís i les pròrrogues si n'hi hagués, aquest adquirirà la consideració de permanent. La renovació del permís de treball es produirà automàticament, i durant el temps de la prestació, quan el

treballador estranger es trobi en situació de desocupació i percebi una prestació contributiva, i també quan percebi una prestació econòmica assistencial dirigida a facilitar-li la inserció al mercat de treball.

La llei fixa l'obligació per al Govern, amb caràcter anual, d'establir un contingent de mà d'obra al qual es facilitarà la incorporació al nostre mercat laboral. Aquesta fixació haurà de disposar prèviament de l'audiència del Consejo Superior de Política de la Inmigración i de les organitzacions sindicals més representatives. Dins del contingent esmentat, en el qual s'haurà de concretar per a quins sectors i àmbits professionals es requereix la contractació d'estrangers, no es computaran aquelles ofertes d'ocupació que puguin realitzar directament els empresaris als treballadors estrangers. Entre les excepcions a la necessitat de disposar de permís de treball, en la llei es recull la referència als estrangers que formin part dels òrgans de representació, govern i administració dels sindicats homologats internacionalment, sempre que limitin la seva activitat a funcions estrictament sindicals.

Finalment, es remet a una futura regulació reglamentària la prestació laboral dels treballadors de temporada que tan sovint es troben en determinades èpoques de l'any en moltes regions espanyoles, a fi d'establir un règim propi que els faciliti l'estada temporal i la posterior sortida del territori; a més, els poders públics assumeixen el compromís de vetllar perquè les condicions de residència i l'assistència dels serveis socials que necessiten durant la seva estada al nostre país siguin les més correctes i adequades.

Respecte de la regulació de quines són les infraccions i quin és el règim sancionador, la llei preveu multes de fins a 50.000 PTA, un milió i deu milions, segons que es tracti de faltes lleus, greus o molt greus. Als efectes laborals ens interessa destacar que es considera infracció lleu treballar sense haver sol·licitat permís de treball, quan es disposi de permís de residència o quan aquest se li hagi denegat; serà falta greu treballar sense haver sol·licitat permís de treball o autorització administrativa per treballar, quan no es disposi d'autorització de residència vàlida. Entre les faltes molt greus destaca la contractació o utilització habitual de treballadors estrangers sense que la part empresarial hagi obtingut amb caràcter previ la corresponent autorització per contractar-los. A efectes de fixar la quantia de la sanció, i això és el realment important, quan l'infractor sigui un treballador irregular, la llei disposa que es tindrà en compte tant la

capacitat econòmica com el grau de voluntarietat de l'infractor.

La vigilància del compliment de la normativa en la matèria, sobretot en allò que fa referència al respecte del principi d'igualtat de tracte i no discriminació, així com la regularitat dels permisos de treball, correspon a la Inspecció de Treball, a partir de l'elaboració dels plans d'actuació preparada pel Govern, i també, si és procedent, a les comunitats autònomes que tinguin competència (i de fet, ja en tenen totes) en matèria d'execució de la legislació laboral. Es considerarà acte discriminatori en l'àmbit laboral qualsevol actuació empresarial o dels seus representants quan portin a terme una acció que produeixi un efecte perjudicial i discrimini, encara que sigui de manera indirecta, els treballadors per la seva condició d'estrangers o per la seva pertinença a una determinada raça, religió, ètnia o nacionalitat (art. 21.2 e). Serà discriminació indirecta tota mesura o criteri adoptat que provoqui injustificadament un perjudici a qualsevol subjecte treballador inclòs en aquests col·lectius.

Llevat que es tracti d'una actuació delictiva i contrària a l'ordre públic, o que un estranger sigui doblement reincident en la comissió de faltes greus, no podrà ser sancionat amb l'expulsió del territori espanyol un estranger beneficiari de prestacions per incapacitat permanent com a conseqüència d'un accident de treball o malaltia professional ocorreguts a Espanya, o que percebi prestacions contributives per desocupació o prestacions assistencials que intentin possibilitar la seva inserció laboral. A més, s'estableix un tracte de favor a estrangers en situació d'irregularitat que vulguin evitar sancions administratives, que s'aplicarà quan aquest treballador no hagi travessat regularment la frontera, o treballi sense documentació, per haver estat víctima, perjudicat o testimoni d'un acte de tràfic il·lícit d'éssers humans, immigració il·legal o de tràfic il·lícit de mà d'obra o d'explotació en la prostitució, amb abús de la situació de necessitat, i denunciï els responsables d'aquests actes. En aquest cas, l'estranger podrà optar per tornar al seu país o aconseguir la regularització de la seva estada a Espanya i el corresponent permís de treball i l'adopció de mesures per facilitar-li la integració social.

2. Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

En l'àmbit espanyol, el dia 22 de desembre de 2000 no va tocar la loteria als immigrants extracomunitaris. La reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, per la LO 8/2000, d'aquella data, és una mica més que una mera adaptació d'una norma a la “nova realitat de la immigració”, ja que suposa un canvi d'abast respecte de la concepció del fenomen migratori, atesa la transcendència quantitativa i qualitativa dels canvis que s'hi introdueixen.

La LO 8/2000 va ser tramitada pel procediment d'urgència. Cal destacar que, a diferència del que va passar amb la LO 4/2000, la presentació del projecte de llei al Congrés va ser a càrrec del ministre de l'Interior, i no del de Treball, i que les seves referències es van adreçar a la reforma “de la llei del 1985” pel text proposat, el qual introduiria, segons el ministre, “bases i condicions per a l'adaptació dels estrangers i les seves famílies, buscant sempre una millor integració social i laboral”. Va fer èmfasi, a més, que la nova norma pretén evitar que els estrangers “realitzin activitats laborals clandestinament sense els drets i les obligacions que els corresponen com a treballadors”. Quant a les diferències entre el Projecte de llei i el text que va aprovar finalment el Ple del Senat el 14 de desembre (no es va aprovar cap esmena a la Cambra Alta, la qual cosa hauria obligat que el text tornés al Congrés per a la seva aprovació definitiva, mentre que en la seva tramitació al Congrés s'havien aprovat més de 50 esmenes al text original), no s'han de considerar d'especial importància o rellevància i, en tot cas, continua quedant clar que l'objectiu del text, i més en els preceptes que interessin en l'àmbit laboral, és deixar clarament de manifest la diferència de regulació per als que es troben en situació de regularitat respecte dels que estiguin en estat d'irregularitat.

Examinem alguns preceptes rellevants de la nova norma, però abans abordem les línies mestres de la LO 8/2000, recollides en el seu preàmbul.

Es fa èmfasi en primer lloc que s'han detectat aspectes en què la realitat del fenomen migratori supera el que preveu la LO 4/2000, i cal preguntar-nos si aquesta constatació,

que ja es trobava en els primers esborranys de la reforma, es podia fer només pocs mesos després de l'entrada en vigor de la norma esmentada i en plena tramitació del procés de regularització. En segon lloc, s'indica que hem de complir els nostres compromisos europeus i, en particular, les conclusions de la reunió de Tampere, sobre les quals s'ha d'afirmar que permeten una política migratòria integradora i flexible i no necessàriament un estricte control policial del fenomen.

En tercer lloc, s'afirma la necessitat d'assumir la immigració com un fet ja estructural i que Espanya s'ha convertit en un país de destí dels fluxos migratoris i també de trànsit cap a altres Estats, afirmació a què no hi ha res a objectar. A continuació, es defensa la conveniència d'un tractament global del fenomen migratori a Espanya, manifestació amb què difícilment pot estar-se en desacord, per la qual cosa les possibles discrepàncies es manifestaran a l'hora de concretar aquest tractament.

En cinquè lloc, i referint-se a les modificacions introduïdes en el títol I, s'afirma en el preàmbul que “destaquen per la preocupació de reconèixer als estrangers la màxima quota de drets i llibertats”, afirmació que suscita molts dubtes ateses la nova redacció d'alguns preceptes i les restriccions al seu exercici per als que no es troben en situació de regularitat a Espanya. Després, en referir-se al títol II, s'afirma que la premissa que ha guiat les modificacions introduïdes “ha estat la d'establir un règim de situacions i permisos que incentivi els estrangers a entrar i residir al nostre país dins del marc de la regularitat, davant l'entrada i estada irregulars”, i s'articula, sempre segons el projecte, “un règim documental que facilita que l'estranger que vulgui treballar al nostre país ho pugui fer amb totes les garanties i drets”. Deixem plantejat el dubte de què passarà amb els immigrants irregulars i si aquests quedaran com a carn de canó per a l'explotació laboral.

Finalment, i en referir-se al títol III, es fa èmfasi en el fet que s'ha introduït com a infracció digna de sanció amb expulsió la permanència de manera il·legal en territori espanyol, “amb la qual cosa es pretén incrementar la capacitat d'actuació de l'Estat pel que fa al control de la immigració il·legal, al nivell d'altres Estats membres de la Unió Europea”, un criteri que es reflecteix en les conclusions del Consell Europeu de Tampere (aquest precepte ja figurava a la LO 7/1985 i ara es recupera). La possibilitat d'expulsió ha estat qualificada per la doctrina com un dels aspectes més nous respecte

del que preveu el text original de la LO 4/2000, per la qual només s'aplicava una sanció econòmica.

Respecte del text articulat i, en concret, d'alguns dels articles que són rellevants per al nostre estudi, s'han de fer les consideracions següents:

A) Art. 10 (Dret al treball i a la Seguretat Social). En el projecte es feia referència als estrangers “autoritzats per treballar” que tindrien dret a exercir una activitat remunerada en els termes previstos en la nova Llei i en les seves disposicions de desplegament. El text final tècnicament és més correcte, i continua fent èmfasi, encara que no hi aparegui la referència de forma expressa, a la necessitat d'estar en situació de residència legal per poder treballar, ja que tindran dret a exercir una activitat remunerada “els estrangers que compleixin els requisits previstos en aquesta llei orgànica i en les disposicions que la despleguin”.

B) Art. 11 (Drets de sindicació i de vaga). En el projecte es reconeixien aquests drets als estrangers que es trobessin legalment a Espanya, mentre que en el text final el dret a sindicació sembla que es reconeix a tots els estrangers i el seu exercici s'atorga als que disposin d'autorització d'estada o residència a Espanya, mentre que l'exercici del dret de vaga es reconeix no a tot estranger, sinó només als que estiguin autoritzats per treballar. És precisament en aquest precepte on es va polaritzar una gran part del debat en les dues cambres, i si bé el redactat final del text és diferent de l'inicial, no ha servit per calmar o atenuar les fundades crítiques doctrinals respecte de la incongruència jurídica de reconèixer un dret i limitar-ne l'exercici de manera total per als que no compleixin un requisit administratiu, amb la qual cosa es vulnera el Conveni Europeu de Drets Humans, el Conveni 87 de l'OIT i els Pactes Internacionals de Drets de l'ONU. A més, l'exercici d'aquests drets possibilitaria amb gairebé tota seguretat que s'avancés en el compliment de la normativa laboral, que és també, almenys en teoria, un clar objectiu de la LO 8/2000 adreçada a tots els immigrants.

C) En la LO 4/2000 es reconeixia una via especial per a l'accés a l'ocupació dels que regularitzessin la seva situació després d'obtenir un permís de residència per haver estat residint dos anys a Espanya i estar empadronats, i el permís per treballar se'ls concediria sense estar condicionat per la situació nacional de l'ocupació i tampoc sense incloure's

en el contingent aprovat anualment pel Govern (art. 29.3 en relació amb l'art. 36.1). De la nova norma destaca l'eliminació d'aquest permís especial a què es referia l'art. 29.3, ja que el nou art. 38 no hi fa referència. A més, el període de residència irregular a Espanya per poder accedir a un permís de residència, sí així ho considera oportú el Govern, s'eleva a cinc anys, i es tanca la porta, tal com ha subratllat la doctrina, que la LO 4/2000 havia obert per facilitar de manera permanent una regularització singular d'actuals i futurs immigrants.

D) Art. 34, que passa a ser l'art. 36 (Autorització per a la realització d'activitats lucratives). No hi ha modificacions entre ambdós textos, i queda clar que per poder treballar caldrà disposar tant del permís de residència o autorització d'estada com de l'autorització administrativa per treballar. Sí que hi ha un canvi rellevant respecte de la consideració jurídica del silenci administratiu en cas de petició de permís, que s'entendrà negatiu si no hi ha resposta en un termini de tres mesos, llevat dels supòsits de sol·licitud de pròrroga, en què es considerarà positiu.

E) Art. 38, que passa a ser el 39. (El contingent de treballadors estrangers). En el text final s'inclou la referència al fet que el Govern haurà de tenir en compte les propostes que li elevin les comunitats autònomes (que inclouran “el nombre d’ofertes de treball i les característiques professionals dels treballadors”). La dicció del text final és una mica més dura que la del projecte (“establirà anualment, sempre que hi hagi la necessitat de mà d’obra”, respecte de “podrà establir anualment”). Sembla que es vol restringir el col·lectiu a què s’adreça l’oferta d’ocupació, ja que, mentre que el projecte es referia “als treballadors estrangers no residents a Espanya”, el text final inclou també els treballadors estrangers “que no es trobin a Espanya”; és a dir, sembla que l’objectiu és evitar que per aquesta via del contingent s’acabi legalitzant la situació d’irregularitat en què es troben molts treballadors ja instal·lats a Espanya. Ha desaparegut tota referència a les ofertes singularitzades d’ocupació com a excepció al règim de contingent.

F) En la norma (art. 54.1 d) s’endureixen les sancions en cas de contractació irregular de treballadors immigrants, de manera que serà digna de sanció cada infracció per cada treballador irregular afectat, mentre que l’art. 50. 1 e) de la LO 4/2000 només preveia sancionar la contractació o utilització habitual de treballadors estrangers, sense que hi hagués cap referència a la individualització de la sanció.

G) Art. 55, que passa a ser el 59. Es manté la regulació de la LO 4/2000 sobre col·laboració contra xarxes organitzades, i per això se suscita un dubte jurídic sobre què passarà quan un treballador irregular denunciï qui el va introduir il·legalment a Espanya. ¿Podrà optar entre tornar al seu país o regularitzar la seva situació, o bé pel fet d'estar en situació irregular en qualsevol cas es podrà acordar la seva expulsió? Sembla que la resposta més lògica en puritat jurídica és la primera, atès que, si el legislador hagués volgut excloure aquesta possibilitat de “legalització de l’il·legal involuntari”, ho hauria fet.

En definitiva, el nou text se centra més en els aspectes de control que no en els garantistes per poder exercir els drets. S'assumeix que una regulació més estricta dels mecanismes d'accés regular al treball i de residència legal al nostre país tindrà una incidència positiva tant sobre el control de la immigració irregular com sobre el compliment de la normativa laboral. S'ha de veure, en definitiva, en quina mesura pot funcionar des de l'òptica del ple exercici dels drets dels treballadors immigrants un nou marc legal que insisteix més en el control dels immigrants que en la tutela de la seva situació i en les garanties dels drets.

3. Llei orgànica 14/2003, de 20 de novembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, modificada per la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre; de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local; de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial.

La norma va entrar en vigor un mes després de la seva publicació i té incidència indubtable sobre l'àmbit de l'ocupació i les possibilitats dels treballadors estrangers d'accedir al mercat de treball espanyol i gaudir de la mateixa protecció que els treballadors espanyols en matèria d'ocupació i protecció social.

La Llei 14/2003 modifica no només les lleis 4 i 8/2000, d'estrangeria, sinó també tres normes importants més, com són la Llei de règim jurídic de les administracions

públiques i del procediment administratiu comú, la Llei de bases reguladores del règim local, i la Llei de competència deslleial. A més, és important no oblidar l'existència de la Llei orgànica 11/2003, de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers, un dels objectius de la qual és facilitar que el jutge penal “acordi la substitució de la pena imposada a l'estranger no resident legalment a Espanya que ha comès un delicte per l'expulsió”.

La nova llei obliga l'estranger a proveir-se d'una targeta d'identitat com a document acreditatiu de l'autorització administrativa per residir, i regula de manera restrictiva el reagrupament familiar, en línia amb la directiva comunitària sobre la matèria. Deixa condicionat, per exemple, el reagrupament dels familiars del reagrupant a la tinença d'una autorització independent de residència i de treball.

La norma estableix una nova regulació del visat, que serà el document únic per accedir a Espanya i per gaudir, si escau, de residència legal i la possibilitat d'accés al treball; a més, es preveu l'establiment d'un nombre de visats per a recerca de feina a Espanya, amb una durada màxima de tres mesos i amb l'obligació de tornar al país d'origen si no s'hagués trobat feina. També es preveu la concessió d'autorització de residència temporal “per situació d'arrelament, així com per raons humanitàries, de col·laboració amb la justícia o altres circumstàncies excepcionals que es determinin reglamentàriament”. Aquesta concessió possibilita la no-exigència del visat per accedir a Espanya.

En l'àmbit laboral, destaca la important modificació que s'opera en l'article 36.3, de manera que quan un treballador no tingui visat de treball, la seva inexistència no invalidarà el contracte de treball respecte als drets que li corresponguin ni serà obstacle per a l'obtenció de les prestacions laborals i de Seguretat Social que puguin correspondre-li.

Finalment, cal destacar dos aspectes polèmics de la nova llei: per una banda, l'establiment de sancions per als que indueixin, promoguin, afavoreixin o facilitin amb ànim de lucre, individualment o formant part d'una organització, la immigració clandestina i la seva permanència en territori espanyol; per altra banda, l'accés de la

Direcció General de la Policia (DGP) a les dades d'inscripció padronal dels estrangers. Tot i això, haurà de quedar constància en la DGP de “cada accés, la identificació d'usuari, la data i hora en què es va fer, així com les dades consultades”.

4. Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

Una modificació molt important, segons el nostre parer, i que té com a objectiu clar però no declarat evitar que al treballador estranger en situació irregular se li reconeixin els drets en matèria de Seguretat Social i, per consegüent, fer inaplicable la important modificació operada per l'article 36.3 de la Llei 14/2003, de 20 de novembre (vid. comentari), és el nou precepte que s'ha incorporat en la llei que ara comentem amb el nou 44bis, i que – cal tenir-ho ben clar per les conseqüències jurídiques de futur que pugui plantejar – no modifica ni deroga cap precepte de cap altra norma legal o reglamentària.

El nou precepte disposa l'obligació de la Inspecció de Treball de proposar una sanció – en l'acta d'infracció que aixequi a un ocupador pel fet de tenir treballadors estrangers prestant serveis sense disposar de la preceptiva autorització de treball – que incrementi, en la multa establerta en la normativa sobre estrangeria, la quantia que resulti “de calcular el que hauria correspost ingressar per quotes de Seguretat Social i altres conceptes de recaptació conjunta, des del començament de la prestació del treball del treballador estranger i fins a l'últim dia que es constati aquesta prestació de serveis”. Ara bé, perquè no hi hagi dubtes, sempre segons els redactors de l'esmena que ha estat incorporada al text que ha estat aprovat definitivament, aquesta sanció no implica el reconeixement de drets de Seguretat Social per als treballadors irregulars. En el número 3 de l'article 44bis es disposa que l'import d'aquesta sanció es farà efectiu a la Tresoreria General de la Seguretat Social segons el procediment reglamentàriament establert en execució de la Llei orgànica 4/2000.

ÍNDIX

- **INTRODUCCIÓ.....2.**

- **PRIMERA PART**
LA IMMIGRACIÓ: NOU FENOMEN, NOVA REALITAT, NOUS REPTES PER A LES POLÍTIQUES D'OCUPACIÓ.....5.
 - **1. La importància del fenomen migratori.....5.**
 - **2. El vessant laboral de la política d'immigració.....7.**
 - **3. El mercat de treball a Espanya i la immigració.....9.**
 - **4. El marc jurídic constitucional i estatutari. La reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.....12**
 - **5. Anàlisi dels aspectes laborals del pla català de ciutadania i integració.....18**
 - **6. L'encaix de la política espanyola d'immigració en l'àmbit comunitari.....21**
 - **7. D'Interior a Treball. La laborabilització de la política d'estrangeria.....23**

- **SEGONA PART**
LES SITUACIONS EN QUÈ ES PODEN TROBAR ELS ESTRANGERS REGULARS A ESPANYA I LA SEVA INCIDÈNCIA SOBRE ELS SERVEIS PÚBLICS D'OCUPACIÓ.....30
 - **I. Introducció.....30.**
 - **II. Anàlisi de les situacions en què es pot trobar un estranger a Espanya.....32**
 - **1. La situació d'estada.....33**
 - **2. La residència temporal.....34**
 - **2.1 Residència temporal per reagrupament familiar.36**
 - **2.2. Residència temporal per circumstàncies excepcionals.....38**

▪	3. Residència temporal i de treball per als que resideixen fora d'Espanya.....	43
•	3.1 Residència temporal i treball per compte d'altri.....	44
•	3.2 Residència temporal i treball per compte d'altri de durada determinada.....	45
•	3.3 Residència temporal i treball per compte propi...46	
•	3.4 Residència temporal i prestacions transnacionals.....	47
▪	4. Residència permanent.....	48
▪	5. Altres autoritzacions: l'autorització de treball transfronterer (per compte propi o d'altri) i l'autorització per recerca i estudis.....	49
▪	6. El visat per a la cerca d'una ocupació.....	51
▪	7. El règim de renovacions de les autoritzacions de residència i/o de treball.....	52
•	TERCERA PART	
	LA INCIDÈNCIA DE LA NOVA NORMATIVA D'ESTRANGERIA EN L'ELABORACIÓ I ORGANITZACIÓ DE LES POLÍTIQUES ACTIVES D'OCUPACIÓ.	56
	I. Marc general de la política d'ocupació en relació amb el fenomen migratori.....	56

- 1. La immigració com a objectiu general de la política d'ocupació.....56
 - 2. La planificació i execució de la política d'ocupació en matèria d'immigració.....60
 - 3. El Sistema Nacional d'Ocupació i la immigració.....61
 - 4. Competències del Servei Públic d'Ocupació Estatal en matèria d'immigració.....62
 - 5. La intermediació laboral i les polítiques actives d'ocupació envers els treballadors immigrants.....63
- II. Les actuacions del Servei d'Ocupació de Catalunya davant les situacions dels estrangers, com a demandants d'ocupació o com a usuaris dels seus serveis.....65
- 1. Situació de l'estranger amb residència temporal per reagrupament familiar, que passa a obtenir la residència temporal independent de la del reagrupant per a la concessió d'una autorització per treballar.....65
 - 2. Situació de l'estranger amb residència temporal per circumstàncies excepcionals.....66
 - 3. Situació derivada de l'interès empresarial per contractar un estranger que resideix fora d'Espanya i no es troba en situació irregular a Espanya.....68
 - 4. Les ofertes d'ocupació en el règim d'autorització de residència temporal per compte d'altri de durada determinada.....73
 - 5. El règim dels menors estrangers, amb edat per treballar i dels estrangers amb visat d'estudis.....74
 - 6. Alguns aspectes del règim de renovacions de les autoritzacions de residència i treball que poden afectar el servei públic d'ocupació.....76
 - 7. El contingent anual i la seva influència en el servei públic d'ocupació autonòmic.....77
 - 8. Situacions específiques dels estrangers: l'estada legal a Espanya o la residència temporal sense autorització de treball.....79

○	III. La incidència de la nova normativa d'estrangeria en l'elaboració i organització de les polítiques passives d'ocupació.....	80
•	QUARTA PART. RECAPITULACIÓ I CONCLUSIONS.....	85
○	I. Primera part.....	85
○	II. Segona part.....	86
○	III. Tercera part.....	89
•	ANNEX I.....	92
○	NORMES I TEXTOS UTILITZATS EN EL DICTAMEN.....	92
•	ANNEX II.....	95
○	I. TEXTOS I NORMATIVA COMUNITÀRIA.....	95
▪	1. Directiva 2002/90/CE del Consell, de 28 de novembre de 2002, destinada a reforçar el marc penal per a la repressió de l'ajuda a l'entrada, a la circulació i a l'estada irregulars...	95
▪	2. Directiva 2002/90/CE, de 28 de novembre de 2002, destinada a definir l'ajuda a l'entrada, a la circulació i a l'estada irregulars.	96
▪	3. Reglament (CE) núm. 859/2003 del Consell, de 14 de maig de 2003, pel qual s'amplien les disposicions del Reglament (CEE) núm. 1408/71 i del Reglament (CEE) núm. 574/72 als nacionals de tercers països que, a causa únicament de la seva nacionalitat, no estiguin coberts per aquests mateixos reglaments.	96
▪	4. Directiva 2003/86/CE del Consell, de 22 de setembre de 2003, sobre el dret a reagrupament familiar.....	97
▪	5. Directiva 2003/109/CE del Consell, de 25 de novembre de 2003, relativa a l'estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga durada (DOCE L16, 23 de gener de 2004).....	99
▪	6. Directiva 2004/38/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa al dret dels ciutadans de la	

Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement al territori dels Estats membres.....	101
▪ 7. Directiva 2004/81/CE del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa a l'expedició d'un permís de residència a nacionals de tercers països que siguin víctimes del tràfic d'éssers humans o hagin estat objecte d'una acció d'ajut a la immigració il·legal que cooperin amb les autoritats competents.....	104
▪ 8. Directiva del Consell 2004/114/CE, de 13 de desembre de 2004, relativa als requisits d'admissió dels nacionals de tercers països a l'efecte d'estudis, intercanvi d'alumnes, pràctiques no remunerades o serveis de voluntariat.....	107
▪ 9. Decisió del Consell de 22 de desembre de 2004, per la qual determinats àmbits coberts pel títol IV de la tercera part del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea es regiran pel procediment previst en l'article 251 d'aquest Tractat.....	108
○ II. NORMATIVA ESTATAL.....	109
▪ 1. Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.....	109
▪ 2. Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.....	114
▪ 3. Llei orgànica 14/2003, de 20 de novembre, de reforma de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, modificada per la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre; de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local; de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial.....	118.
▪ 4. Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.....	120.