

Incluye



Papel

Digital

Manual práctico de extranjería, asilo y refugio

■ BOSCH

Manual práctico de extranjería, asilo y refugio

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Diciembre 2022

Depósito Legal: M-28362-2022

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-9090-667-5

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-668-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS.

Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

TRAMITACIÓN

Durante la sustanciación del procedimiento de otorgamiento del visado, la misión diplomática o consular podrá requerir la comparecencia del trabajador, así como, cuando estime necesario, mantener una entrevista personal con éste.

Nuevamente ratificaremos que en nuestra opinión en modo alguno se otorga una potestad libre al órgano administrativo en el sentido de que arbitrariamente pueda decidir que tenga lugar la expresada comparecencia, sino que será necesario que medie alguna circunstancia, alguna causa precisa, que justifique semejante decisión.

Conforme al art. 19 LPACAP, la correspondiente citación hará constar expresamente el lugar, fecha, hora, los medios disponibles y objeto de la comparecencia, así como los efectos de no atenderla.

Por otra parte hemos de recordar que el citado artículo establece que los interesados solo tendrán la obligación de comparecencia en la oficina pública, ya sea presencialmente o por medios electrónicos, cuando así se establezca en una disposición con rango de ley. Pues bien, como quiera que esta exigencia no se constituye por norma de rango legal sino estrictamente reglamentario, entendemos que puede surgir algún problema de falta de cobertura normativa en el Reglamento.

Podrá celebrarse por tanto una entrevista entre los representantes administrativos, en la misión diplomática u oficina consular, y el interesado. A esta entrevista deberán comparecer al menos dos representantes de la Administración -además, en su caso, de un intérprete-.

Será necesario firmar un acta de esa entrevista por todos los presentes.

Estimamos que un eventual incumplimiento de esta formalidad viciaría toda resolución que pudiera ser dictada con fundamento en lo sucedido en dicha entrevista.

Una vez que se notifique la concesión del visado, el trabajador deberá recogerlo "personalmente" en el plazo máximo de un mes a contar desde su notificación.

VISADO DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DE DURACIÓN DETERMINADA

Este visado se tramita con arreglo al procedimiento ordinario, e incorporará dentro de sí la autorización de trabajo y residencia, con lo que surge efectivamente al final un único acto autorizante que engloba este visado, la autorización de trabajo y la autorización de residencia.

Dicho visado debe consignar por otra parte la naturaleza temporal de la estancia en España, así como de la autorización de trabajo y residencia concedidos (arts. 97 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

En relación con esta regulación, hay que advertir que el capítulo IV del Real Decreto 557/2011, que comprende los citados artículos 97 a 102, quedó suprimido por el número 8 del artículo único del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, no obstante, a partir del 27 de julio de 2023.

13.**Visado de residencia temporal y trabajo por cuenta propia****SUJETO**

El propio interesado deberá ser el que presente "personalmente" su solicitud de visado. Se excluye por tanto la intervención de tercero, representante o mandatario (art. 106 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

Debe advertirse que el art. 105 del Reglamento donde se recogen los requisitos relativos a la residencia temporal y trabajo por cuenta propia, fue objeto de ligera modificación por parte del Real Decreto 629/2022 de 26 julio.

Asimismo, también fue objeto de modificación el art. 109 regulador de la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia. Tras la modificación, el apartado 7º establece que la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia renovada tendrá una vigencia de cuatro años (antes de la modificación eran dos), salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, y "*habilitará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia*".

MOMENTO Y LUGAR

La solicitud debe ser formulada en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de trabajo y residencia.

El lugar de presentación de la solicitud debe ser la Oficina Diplomática o Consular de su residencia.

DOCUMENTACIÓN

A la solicitud debe acompañarse copia de la resolución de concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

Entendemos, sin embargo, que esta exigencia es en exceso gravosa y posiblemente contraria a las determinaciones del art. 53.1.d) LPACAP, ya que el contenido documental que se solicita al trabajador obra en los archivos de la Administración Pública española, e incluso las distintas dependencias de ésta lo tiene a su disposición con mayor facilidad que el trabajador interesado.

El artículo citado dispone así que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

... "A no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas"...

14.

Prohibición de entrada

Será necesario que el extranjero que pretenda entrar en España no esté incurso en ninguna de las causas de prohibición de entrada previstas en el Reglamento.

Tales causas se contienen en el art. 11 del RD 557/2011, de 20 de abril, y son, en esencia, las siguientes:

- Haber sido expulsado de España y encontrarse dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiere determinado en la resolución de expulsión.
- Haber recaído sobre ellos una resolución de expulsión, salvo caducidad del procedimiento o prescripción de la infracción o de la sanción. Este caso se diferencia del anterior en que, habiendo sido dictada una resolución de expulsión, ésta sin embargo no ha sido ejecutada, es decir, el extranjero no ha sido expulsado.
 - Haber sido objeto de devolución y encontrarse dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en el correspondiente acuerdo de devolución.
 - Tenerse conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, que tal extranjero se encuentra reclamado, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves (es decir que ni los llamados delitos políticos ni los comunes leves o menos graves tendrán

ese efecto impediendo), por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda.

- Haber sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del Ministro del Interior, por causa de sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida, sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda.

No nos parece nada satisfactoria la redacción de esta causa de denegación de entrada en el Reglamento pues parece dejar fuera a todos aquellos que, por informes policiales o de los Servicios de Información, nacionales o extranjeros, aparezcan como vinculados con organizaciones terroristas –en un grado de sospecha fundado en indicios racionales– o con grupos delictivos de cualquier otra clase. Esta es una prevención nada teórica –y desde luego muy real– en especial desde los terribles atentados de Nueva York, Londres, Madrid, Casablanca... y sin embargo la causa de denegación de entrada es explícita en el sentido de exigir una previa resolución por parte del Ministro del Interior, cosa que se nos antoja de difícil producción. Entendemos por todo ello que esta causa de denegación de entrada debe interpretarse e integrarse con el art. 4.1.g) del RD 557/2011, de 20 de abril, que como requisito para la entrada de un extranjero, establece que éste no suponga "un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un Convenio en tal sentido". Es mucho más abierta esta cautela que la anterior, cosa que desde luego no impide el control jurisdiccional de los abusos a que pueda dar lugar.

- Que en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España, o de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria, pueda prohibirse o tengan prohibida la entrada.

La denegación de entrada de los extranjeros se regula en los arts. 26.2 y 60 de la LOEX 4/00 y art. 15 del RD 557/2011, de 20 de abril. En el primero de ellos se indica que a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será ésta denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

Por otra parte, en otros lugares de este tema hemos indicado que entre las transformaciones producidas en la LOEX 4/00 por efecto de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, se cuenta precisamente la introducción de las consecuencias de esa denegación de entrada en sustitución de la institución hasta ahora existente, que era el retorno. Nos remitimos ahora a lo indicado en esas otras partes de la obra e incluso a la posibilidad de internamiento del extranjero por esa causa.

Una vez autorizada (en su caso) la entrada (art. 11.2 RD 557/2011, de 20 de abril), se estampará en el pasaporte o título de viaje del extranjero el sello de control establecido, tras lo cual, previa devolución de la documentación, quedará franco el paso a España.

El error de la Administración (española o de otros países) a la hora de no estampar el sello de entrada, error que puede dar lugar a que se ignore su fecha –y por tanto la duración máxima legal de la estancia–, ha dado lugar a diversos pronunciamientos, en buena medida contradictorios, de los Tribunales. Se puede citar por ejemplo la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 15 de marzo de 2000 que, a falta de ese sello, entiende que no puede incurrirse en desbordamiento del plazo máximo de estancia en España.

En la misma línea se pronuncia la Sentencia de 22 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que funda su fallo en la aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia.

Pero también nos interesa, en la línea justamente opuesta, la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 24 de marzo de 1994, que por el contrario proyecta sobre el extranjero la carga de acreditar la legalidad de su presencia:

Esta última Sentencia fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998, en la que se abunda en la misma tesis.

Entendemos –aunque nos sometemos a cualquier otro criterio más acertado– que la línea correcta está en la expuesta en estas dos última Sentencias, y en concreto en la afirmación de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en la que dice que "no se olvide que, como súbdita extranjera, está sometida a un régimen de estancia controlada en nuestro país".

Y es que, pese a la posible existencia de convenios internacionales de supresión de controles fronterizos, el art. 13 RD 557/2011, de 20 de abril, dispone:

... "Declaración de entrada.

1. Tendrán la obligación de declarar la entrada personalmente ante las autoridades policiales españolas los extranjeros que accedan a territorio español procedentes de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos.

Si no se hubiese efectuado en el momento de la entrada, dicha declaración deberá efectuarse en el plazo máximo de tres días hábiles a partir de la misma en cualquier Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía u Oficina de Extranjería.

Es más, alguno de los Convenios de supresión de controles fronterizos no solo mantiene en forma expresa ese deber de declaración para los ciudadanos de terceros países, sino que lo extiende a los que sean súbditos de las mismas partes signatarias.

Por ejemplo, artículo 19 del Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de Controles en las Fronteras Comunes, al cual se adhirió la República Italiana por acuerdo firmado en París.

Entre los aspectos que la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, reformó de la LOEX 4/00 encontramos precisamente el que ahora nos ocupa: la creación de un registro para controlar las entradas y salidas. Tal cosa se produjo por medio de la reforma de su art. 25 LOEX 4/00, en el que se introdujo un nuevo apartado 5 en el que se establece que la entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Tal Registro se regula también en el art. 14 del RD 557/2011, de 20 de abril.

Hemos visto en momentos previos que la denegación de entrada ha sustituido a la institución del "retorno", de modo que no se trata tan sólo de una mera coacción material y sin mediación de acto administrativo legitimante.

Todo ello queda explicitado en el art. 15.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Según éste la denegación de entrada se producirá mediante resolución motivada (es decir, con los contenidos previstos en el art. 88 LPACAP y notificada).

En la notificación será preciso informar al interesado de los recursos que puedan interponerse contra ella, el plazo para hacerlo y el órgano ante el que deban formalizarse (arts. 15.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril y 88.3 de la LPACAP).

También se le ha de informar al interesado de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes y, en su caso, de intérprete, que comenzará en el momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

En concreto esta resolución ha de albergar, entre otros, los siguientes contenidos:

- La determinación expresa de la causa por la que se deniega la entrada (esta exigencia es concreción del deber general de motivación de los actos administrativos –arts. 35 y 88 LPACAP–.



Papel + Digital

ACCESO ONLINE A BIBLIOTECA DIGITAL SMARTECA:
consulte página inicial de esta obra

La presente monografía huye de disquisiciones teóricas y se centra fundamentalmente en la resolución de los aspectos prácticos asociados a los trámites y procedimientos de extranjería a los que están sujetas las personas que desean entrar y/o residir en territorio español. Nos referimos a cuestiones tan comunes como el *régimen de entrada en España*, la *expedición de visados*, la *contratación en origen*, la *reagrupación familiar*, la *situación de los menores no acompañados*, el *internamiento*, la *expulsión de extranjeros*, la *situación de los estudiantes extranjeros*, el *derecho a la asistencia sanitaria*, el *acceso a los servicios públicos de empleo*, *matrimonios de conveniencia*, *régimen sancionador*, etc.

Los contenidos están plenamente actualizados a la reforma del reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería operada por RD 269/2022.

Finalmente, cabe destacar que la obra incluye un amplio inventario de modelos y formularios relacionados con los principales trámites administrativos relacionados con los procesos de extranjería.

ISBN: 978-84-9090-667-5

