

Estudi jurídic sobre els problemes d'accés dels menors i joves immigrants no acompanyats a la formació laboral i al mercat de treball així com de les possibles solucions alternatives a aquests problemes.

Estudi realitzat a petició de la *Xarxa de Joves de la Ciutat de Barcelona*

Equip de treball

Profs. Dr. Ferran Camas, Dret del Treball-Càtedra d'Immigració, UdG
Sra. Almudena González, Dret Administratiu, UB
Dr. David Moya, Dret Constitucional, UB (*coord.*)

Estudi jurídic sobre els problemes d'accés dels menors i joves immigrants no acompanyats a la formació laboral i al mercat de treball així com de les possibles solucions alternatives a aquests problemes.

Autors: Ferran Camas, Almudena González, David Moya.

Estudi realitzat a petició de la *Xarxa de Joves de la Ciutat de Barcelona*. L'encàrrec de l'estudi s'ha tramitat per mig d'un acord entre la *Fundació Bosch i Gimpera* com a entitat gestora de la transferència de la Universitat de Barcelona i la *Fundació Intermedia*.

Barcelona. Maig de 2021.

Índex

Pàgs

SUMARI EXECUTIU.....6

Presentació de l'Informe.....10

**PART I. ANÀLISI DELS PROBLEMES DELS MENORS I JOVES
IMMIGRANTS NO ACOMPANYATS EN L'ACCÈS A FORMACIÓ I
TREBALL**

1. Breu caracterització del fenomen dels menors estrangers sols que arriben a Catalunya en l'actualitat.....12

2. La condició legal de “menor” a la normativa.....15

2.1. La condició legal de menor de les persones estrangeres en el nostre sistema jurídic...16

2.2. La condició legal de "menor no acompanyat" en el Dret d'estrangeria.....19

2.2.1. La condició legal de "menor no acompanyat" a la Unió Europea.

2.2.2. La condició legal de "menor estranger no acompanyat" als efectes d'aplicació de la Convenció de Drets de l'Infant de les Nacions Unides en els Estats que l'han ratificat.

2.2.3. La presumpció de minoria d'edat.

3. Situacions dels menors estrangers sols i principals accions en detectar la seva arribada a Espanya.....25

3.1. La determinació de l'edat dels menors immigrants no acompanyats "documentats" a la llum de la jurisprudència de Tribunal Suprem.....25

3.2. Circumstàncies i condicions en què es podria realitzar proves de determinació de l'edat als menors immigrants no acompanyats "documentats".....28

3.2.1. Circumstàncies previstes en el Protocol dels menors estrangers sols conforme a les quals podria tenir-se per “indocumentat” al menor estranger no acompanyat amb passaport o un altre document d'identitat vàlid.

3.2.2. Condicions conforme a les quals el Ministeri Fiscal podria acordar la realització de proves de determinació de l'edat a menors immigrants no acompanyats documentats

3.3. Repatriació en relació als menors immigrants no acompanyats i acords d'Espanya amb altres països.....39

3.4. Atenció immediata, declaració de desprotecció i tutela i residència legal dels menors desemparats.....42

3.4.1.- Atenció immediata i declaració de desprotecció i tutela: els efectes del retard en la declaració de desprotecció i desemparament”

3.4.2. Tramitació de l'autorització de residència dels menors no acompanyats i la seva renovació com a menor

4. Accés dels menors i joves estrangers no acompanyats al sistema educatiu i de formació per a l'ocupació.....	46
4.1.- El dret a la educació dels menors i joves estrangers.....	46
4.2.- Accés dels menors i joves estrangers a la educació reglada: la ESO, el Batxillerat i la FP.....	49
4.3.- L'accés dels menors estrangers als itineraris d'educació no reglada: programes de formació i transició al treball.....	53
4.3.1. <i>Els programes de formació i inserció (PFI)</i>	
4.3.2. <i>Algunes fórmules desenvolupades específicament pels menors i joves estrangers en protecció</i>	
4.4.- L'accés dels menors estrangers en edat laboral a la formació ocupacional (Serveis Públics d'Ocupació).....	57

PART II. IDENTIFICACIÓ DE PROBLEMES JURÍDICS EN L'ACCÈS A FORMACIÓ I TREBALL DELS MENORS I JOVES ESTRANGERS TUTELATS I EXTUTELATS I PROPOSTES DE MILLORA

5. Els problemes jurídics dels menors i joves estrangers en l'accés a formació i treball.....	63
5.1.- Les dificultats per a la obtenció de l'autorització de residència pels menors estrangers en edats compreses entre els 16 i 18 anys.....	63
5.2. Els obstacles a la renovació del permís de residència dels menors estrangers en arribar a la majoria d'edat. Els límits i carències dels arts. 197 i 198 REDILE.....	68
5.2.1. <i>Règim general d'estrangeria amb autorització de residència, o de residència i treball, ordinari.</i>	
5.2.2. <i>Règim de transició pels joves extutelats residents mitjançant renovació en forma d'autorització de residència lucrativa.</i>	
5.2.3. <i>Règim de transició pels joves sota protecció però sense residència mitjançant l'autorització de residència per raons excepcionals.</i>	
5.2.4. <i>Situació dels joves sense autorització de residència i/o treball subjectes al règim general d'estrangeria.</i>	
5.3.- La interpretació de la STS d'1 de febrer de 2019 sobre el còmput i les fonts dels ingressos propis en el trànsit a la majoria d'edat. Anàlisi, crítica i problemes que planteja....	71
5.4.- Els problemes que afronta l'oferta de programes de formació laboral per a menors i joves estrangers en situació irregular.....	73
5.5.- La difícil distinció entre pràctiques formatives de caràcter educatiu o laboral.....	74
6. Algunes propostes per a millorar o reduir els problemes jurídics dels joves i menors en l'accés a la ocupació.....	75
6.1. La necessitat de promoure la declaració preventiva de desemparament com a mesura inicial, cautelar i protectora que permet que la tutela desplegui tots els seus efectes.....	76

6.2. Algunes propostes de solució a les dificultats de renovació de les autoritzacions de residència i treball.....	79
6.3. Pràctiques laborals i possibles línies de solució i disminució de conflictivitat amb la inspecció laboral.....	80
6.3.1.- <i>Sobre la possibilitat d'estendre l'accés a la formació de caràcter educatiu als joves adults sense autorització de residència en virtut dels art. 9.3 i 35.3 LODILE com a activitats socio-formatives dirigides a la seva millor integració social.</i>	
6.3.2. <i>Diferenciació entre realització de pràctiques educatives i activitats sotmeses al règim laboral.</i>	
6.3.3. <i>Caracterització de les pràctiques no laborals en empreses i dels contractes de treball en les empreses.</i>	
6.3.4. <i>Indicis de fet que podrien decantar la qualificació d'una pràctica educativa cap a la seva definició com a laboral.</i>	
6.4. Les possibilitats que ofereix l'arrelament laboral a partir de la reformulació que del mateix opera la STS de 25 de març de 2021 relativa als mitjans de prova de les relació laborals precedents.....	89
6.5. La proposta de creació d'un règim de transició gradual a estrangeria d'adults (18-21 anys).....	93
7.- Conclusions.....	95
8. BIBLIOGRAFIA BÀSICA.....	100

ANNEXOS

Annex. 1.- Diferents situacions dels joves estrangers i itineraris d'integració socio-laboral (Infografia).....	105
Annex. 2.- Proposta d'orientacions per a realitzar models de convenis formatius (menors i adults sense permís de treball).....	106
Annex 3.- Proposta de model de conveni (menors i adults sense permís de treball).....	109
Annex 4.- Instruccions per a la ordenació de les pràctiques formatives no laborals.....	110
Annex 5.- Propostes de reformes normatives (motivació i redacció).....	117

Estudi jurídic sobre els problemes d'accés dels menors i joves immigrants no acompanyats a la formació laboral i al mercat de treball.

SUMARI EXECUTIU

El present resum executiu recull els eixos principals de l'estudi jurídic sobre l'accés dels menors i joves estrangers no acompanyats a la formació laboral i al mercat de treball així com a les possibles solucions alternatives a aquests problemes. Aquest estudi s'elabora a petició de les entitats que participen a la *Xarxa de Joves de la Ciutat de Barcelona* vinculada al *Consorci de Serveis Socials de Barcelona*, i s'ha materialitzat gràcies a un acord entre la Fundació Intermèdia i la Fundació Bosch i Gimpera de la Universitat de Barcelona.

El fenomen del menors immigrants no acompanyats que viatgen sols ha estat una realitat social a Catalunya des de la dècada de 2000, i des de llavors fins ara ha demostrat ser un fenomen força dinàmic i canviant (sobretot en el nombre i edat dels menors que arriben) raó per la qual ha esdevingut tot un repte per a la societat catalana, i en particular per a les seves Administracions i entitats. En els darrers anys, cada vegada arriben joves amb edats límit, compresa aquesta entre els 17 i els 18 anys, cosa que condiciona molt la intervenció educativa i la seva documentació, i la situa amb un caràcter d'urgència. L'arribada de menors els darrers anys i mesos a d'altres CCAA ha acabat sobrecarregant tot el sistema de protecció de menors espanyol, que en conjunció amb la crisi econòmica del període anterior, i les restriccions pressupostàries que se'n van derivar impliquen una disponibilitat de recursos humans i materials limitats per a fer front als reptes d'atenció i intervenció que el col·lectiu presenta. Tot això ha contribuït a un cert col·lapse i alarma en els serveis i recursos disponibles per a atendre'ls.

El **marc normatiu** d'intervenció sobre els menors no acompanyats s'organitza entorn a un seguit de disposicions generals i específiques, tant estatals com catalanes, de rang normatiu diferent, però que estan supeditades totes elles al principi general de protecció de l'interès superior del menor que també és d'aplicació als menors no acompanyats (*Conveni de Nacions Unides de Drets de l'Infant* de 1989 i Observació General núm. 6, art. 24 Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, art. 11 de la *Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídic del Menor* (LOPJM) o *Llei catalana 14/2010 dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència*). De fet, el propi art. 35 de la *Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre Drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social* (LODILE) que constitueix la pedra angular sobre la que s'articula el mecanisme d'intervenció i protecció dels menors no acompanyats, reconeix com a punt de partida aquest principi. Aquest precepte reconeix la competència dels serveis de les Comunitats Autònomes (CCAA) per a la protecció del menors no acompanyats, tot establint un procediment de determinació de l'edat si aquesta és dubitada, i la concessió de l'autorització de residència un cop determinada la situació de desemparament i la impossibilitat de repatriació, de conformitat amb l'art 196 del Reial Decret 557/2011, de 20 de abril, pel qual s'aprova el Reglament de la LODILE (REDILE). Per tal d'assegurar que les diferents administracions intervenen de manera coordinada, l'Estat va adoptar al 2014 un *Protocol Marc sobre determinades actuacions en relació als Menors Estrangers no Acompanyats* (les disposicions del qual s'ha anunciat que serien objecte de revisió però encara no s'ha materialitzat), aquesta disposició de caràcter purament intern, no obstant, en ordenar detalladament el procediment d'intervenció opera a la pràctica com a norma de desenvolupament i concreció de la llei i el

reglament d'estrangeria en aquesta matèria concreta, imposant obligacions a les administracions autonòmiques i determinant el règim d'obtenció de l'autorització de residència, i en darrera instància i per retruc també de l'autorització de treball. Per contra, la normativa actual no conté més que algunes disposicions molt parcials i limitades sobre la transició a l'edat adulta d'aquests menors, mancant una regulació específica de transició jurídica o, com a mínim de mecanismes que facilitin una progressió ordenada entre ambdós règims jurídics, el de menors i el d'estrangeria. Per aquest motiu, farem aquí constant referència a tots dos règims, els de menors i els de joves adults.

Pel que fa a la regulació específica de les condicions d'accés al sistema educatiu, de formació ocupacional i al propi mercat laboral d'aquests menors, aquesta es troba condicionada per un conjunt de disposicions normatives diferents. D'una banda, la normativa d'estrangeria i educativa que reconeixen el dret a l'educació dels menors i joves fins als 18 anys la qual cosa inclou tant l'educació obligatòria com la post-obligatòria tant reglada com no reglada (art. 9.1 LODILE). Els problemes aquí són de caire pràctic doncs la majoria dels menors especialment si arriben en edats ja avançades (16 o 17 anys) difícilment podran accedir als itineraris educatius reglats del batxillerat o la formació professional de grau mig, o fins i tot inicial en molts casos. D'una altra banda, la normativa de l'àmbit estrictament laboral sobre formació ocupacional pivota la *Llei 30/2015, de 9 de setembre, de formació professional per a l'ocupació*, el Reglament que la desenvolupa (*Reial Decret 694/2017, de 3 de juliol*), i l'*Ordre TMS/368/2019, de 28 de març*, introdueixen un seguit de limitacions tant en l'accés a la formació ocupacional dels joves menors la tutela dels quals es trobi encara en fase de declaració per part de la DGAIA, com encara més clarament a la dels joves adults que manquin d'una autorització de treball. Recentment però, aquest requisit ha estat atenuat per la *Instrucció 1/2020 de la Secretaria d'Estat de Migracions* que expressament habilita als menors estrangers amb autorització de residència a treballar tan aviat accedeixin a l'edat de 16 anys sense que calgui cap altre tràmit administratiu (art. 1), si bé només resol una petita part dels problemes i no per a tots els menors, només per a aquells amb autorització de residència, la resta així com els joves adults no poden beneficiar-se d'aquesta Instrucció.

En aquest context, l'**objecte** d'aquest estudi és la identificació dels obstacles generals i particulars que dificulten l'accés al mercat laboral de menors i joves estrangers (principalment menors no acompanyats o joves extutelats), i la proposta de possibles solucions o mesures per a reduir la incidència d'aquests problemes.

Entre els **problemes generals** el primer i principal és el fet que la lògica protectora del sistema quan són menors de que la residència permet el treball (a partir de 16 anys), s'inverteix radicalment en arribar a la majora d'edat, doncs la residència dels estrangers no comporta l'accés al treball sinó a la inversa, és el treball i la corresponent autorització laboral la asseguruen la regularitat administrativa.

En aquest sentit, l'estudi identifica un seguit de **problemes de caràcter sistèmic en l'accés als itineraris de formació laboral** per part dels joves estrangers no acompanyats, menors i adults, i en l'accés al mercat laboral, tots ells derivats de la legislació i pràctiques existents. Entre els problemes de caràcter sistèmic identificats es troben per enunciar només els més destacats: el caràcter diferenciat i binari però mútuament condicionant entre règim de menors i règim d'estrangeria; la relativa indefinició jurídica de les condicions d'accés dels menors

estrangers a determinats itineraris formatius (per exemple, l'accés a la FP dual o a les pràctiques professionals) i que es manifesten en nombrosos problemes de caràcter aparentment menor o tècnic (convenis de cobertura de pràctiques, exclusió de determinats ajuts o límits en l'accés a formació laboral finançada amb fons europeus lligats a regularitat de la residència, etc.); l'articulació del sistema des d'una aproximació d'excepcionalitat i cada vegada més d'urgència, tant perquè el fenomen dels menors estrangers s'està encaixant forçadament en uns mecanismes generals formatius i d'accés al mercat laboral pensats pels nacionals i residents i que tenen els seus propis temps (és molt difícil accedir al Batxillerat i la FP si cal un Graduat Escolar o haver cursat 2n o 3r ESO i recomanació del cos docent), així com pel fet que cada vegada més els menors arriben amb edats entre els 16,5 anys i 17 anys que requereixen intervencions de formació i d'inserció laboral amb caràcter urgent davant la pressió davant la pressió d'assolir els 18 anys. De la mateixa manera, els 'tempos' de decisió de les resolucions administratives i especialment la de tutela endarrereixen la documentació que tot i ser declarativa a la pràctica és indispensable per a accedir a determinats serveis i prestacions, i els efectes retroactius de les quals (en especial l'autorització de residència) un cop són expedits, són en realitat gairebé ficticis, dons quan no es té no es pot accedir per exemple a la formació orientada laboral i quan finalment s'obté aquell any transcorregut s'ha perdut. Tot això abona la cerca de fórmules, de vegades compartides entre Administracions i entitats del sector social per sortejar a la pràctica aquestes ineficiències del sistema, però que obliguen a moure's constantment en un llimbs jurídic extremadament precari que acaba impactant en l'eficàcia mateixa de les accions dutes a terme.

Atesos aquests problemes, una de les conclusions que l'estudi avança és la necessitat de reformar l'actual regulació d'estrangeria per tal que el pas de la minoria a la majoria d'edat no impliqui un canvi abrupte i radical de règim jurídic, sinó que es faci a partir de l'articulació d'un autèntic règim jurídic de transició a l'autonomia personal, que perllongui en el temps algunes de les avantatges prèvies del règim de menors i permeti l'acompanyament dels joves amb una aplicació més gradual del règim d'estrangeria. Algunes d'aquestes modificacions es podrien introduir via reforma del Reglament d'Estrangeria (com l'actualització de l'art 196.4 REDILE que ja s'hauria d'haver fet), però per a dotar d'una cobertura legal adient a les mateixes possiblement caldria una reforma de la Llei d'Estrangeria (l'art. 35 té rang de llei ordinària, no orgànica, per tant es pot aprovar amb majoria simple al Congrés i Senat). Un segon nucli de problemes, deriva de l'allargament dels 'tempos' de decisió de les resolucions administratives i especialment la de tutela, que endarrereixen la documentació que tot i ser declarativa a la pràctica és indispensable per a accedir a determinats serveis i prestacions, i els efectes retroactius de les quals (en especial l'autorització de residència) un cop són expedits, són en realitat gairebé ficticis, dons quan no es té no es pot accedir per exemple a la formació orientada laboral i quan finalment s'obté aquell any transcorregut s'ha perdut. Tot això abona la cerca de fórmules, de vegades compartides entre Administracions i entitats del sector social per sortejar a la pràctica aquestes ineficiències del sistema, però que obliguen a moure's constantment en un llimbs jurídic extremadament precari que acaba impactant en l'eficàcia mateixa de les accions dutes a terme. En aquest estudi, apuntem a la necessitat de d'adoptar resolucions de desemparament provisionals o cautelars que permetin activar des del primer moment de la intervenció sobre el menor els efectes que la normativa preveu que té el desemparament i la declaració de tutela.

En absència d'aquest règim transitori i atesos els retards en la declaració de desemparament, sorgeixen a la vida diària molts **problemes pràctics**. Un dels més importants és la proximitat de la majoria d'edat obliga a les entitats que en tenen la guàrdia, a orientar-los de ben aviat i directament cap a la seva inserció laboral. Això ha fet que es construeixin per les entitats d'atenció, i moltes vegades a instàncies de les pròpies administracions públiques, itineraris específics de formació postobligatòria orientada a la inserció laboral tant de menors com de joves d'aquest col·lectiu. Aquesta formació, en no constituir però una formació reglada, es mou en un elevat grau d'indefinició pel que fa a la seva naturalesa educativa i no laboral, i la cobertura sota el mantell de l'art. 9.1 LODILE. Particularment problemàtiques són aquelles activitats formatives que incloguin la formació directament a les empreses, oficines, locals o espais de treball, així com les que incloguin activitats pràctiques *in situ* que d'altra banda són absolutament essencials per a la inserció laboral posterior dels joves (faciliten l'establiment de la confiança i reconeixement inicials per part de les empreses sobre l'actitud i capacitats del jove, per tal de que es materialitzi una oferta contractual posterior). En aquest terreny, la fina línia divisòria entre el que es pot qualificar d'activitats formatives i el que poden ser considerades prestacions de caràcter laboral genera un elevat risc d'exposició d'aquestes entitats i empreses exposant-les inspeccions i sancions per part de les autoritats laborals. La pressió sobre el sistema, però ha augmentat amb l'arribada de menors en edats molt pròximes a la majoria d'edat, tot incrementant la demandes d'itineraris de ràpida inserció laboral com els anteriorment descrits per tal de donar possibilitats de residència i treball als menors tan bon punt assoleixin la majoria d'edat.

En aquest context, les dificultats que la indefinició jurídica d'aquests itineraris requereix algunes orientacions i recomanacions pràctiques que donin més seguretat jurídica a les entitats que treballen en aquests itineraris formatius. Així, l'estudi ofereix un seguit d'orientacions i recomanacions sobre com dotar les pràctiques formatives de menors i joves de major seguretat jurídica i ajustar-les a les exigències de la inspecció laboral sobre pràctiques formatives i evitar la imposició de sancions per contractació laboral encoberta. Destacadament, l'estudi ofereix un seguit d'orientacions sobre la base normativa, la fonamentació jurídica, els continguts prescriptius, el nivell de detall del projecte formatiu individualitzat i les garanties que haurien de contenir els convenis de pràctiques formatives dels estudiants dels itineraris específics de formació postobligatòria de caràcter no reglat i orientats a la inserció laboral d'aquest col·lectiu. Igualment, inclou un conveni model a aquests efectes. De la mateixa manera, l'estudi inclou algunes orientacions sobre les condicions de realització de les pràctiques formatives i elements d'identificació ('badges' identificatius, còpia del projecte formatiu individualitzat, etc..) dels joves com a estudiants en pràctiques i no com a treballadors. Igualment, s'oferiran algunes recomanacions sobre com articular millor les convocatòries públiques de subvenció d'aquests itineraris formatius amb el desplegament dels mateixos i la cobertura jurídica de les pràctiques formatives.

Presentació de l'Informe

El present Informe constitueix la resposta a l'encàrrec rebut per l'equip de redacció del mateix, per a un estudi jurídic sobre l'accés dels menors i joves estrangers sols a la formació laboral i al mercat de treball així com a les possibles solucions alternatives a aquests problemes. Aquest estudi s'elabora a petició de la *Fundació Intermèdia*, que canalitza una petició més àmplia per part de les entitats que participen a la *Xarxa de Joves de la Ciutat de Barcelona*, vinculada al Consorci de Serveis Socials de Barcelona. Els autors han realitzat l'estudi encarregat a través de la Fundació Bosch i Gimpera de la Universitat de Barcelona.

La petició d'elaboració del present estudi sorgeix en un **context** molt concret. En diverses ocasions en els darrers temps la inspecció laboral ha sancionat diverses empreses que mantenien convenis de pràctiques formatives promoguts per les entitats socials que treballen amb els menors i joves, convenis dirigits a assegurar la seva formació laboral i un contacte inicial entre empreses i joves estrangers en transició a la autonomia personal. Les administracions implicades (en aquest cas el Consorci, però clarament la DGAIA) així com les entitats del tercer sector que treballen en xarxa¹ en aquest àmbit comparteixen la percepció de que es tracta de un problema rellevant al temps que identifiquen que les interpretacions i les pràctiques de les Administracions resulten diferents a altres CCAA, raó per la qual volen aprofundir en aquest àmbit. Arrel d'aquestes sancions, diverses iniciatives i grups de treball que venien apuntant al conjunt de problemes que entomaven els menors i joves van decidir encarregar un estudi per tal d'explorar possibles línies de solució.

L'**objectiu** principal de l'estudi és, per tant, d'identificar els principals problemes així com possibles fórmules de solució en relació a l'accés a la formació i al mercat de treball dels menors i joves immigrants no acompanyats, tot formulant propostes concretes de reformes laborals i d'estrangeria així com d'interpretació de la normativa existent així com, si cal de replantejament del marc normatiu general. Queden fora però de l'abast de l'estudi en principi algunes situacions molt particulars com les dels menors i joves sol·licitants d'asil, els menors que es troben sota el règim de justícia juvenil per la comissió de delictes, etc..

Per a la **lectura d'aquest estudi** es pot procedir de dues maneres: la primera i més completa però més feixuga, per a aquells lectors que vulguin tenir una visió completa del règim jurídic dels menors i joves immigrants i els seus drets i els serveis als que tenen accés, es recomana llavors començar per la lectura de la Part I, i després ja situats en el règim general, abordar els problemes específics d'accés a la formació i treball d'aquests joves, i a algunes propostes de solució, que s'aborden a la Part II. En canvi, hi ha una segona forma, molt més directa i especialment recomanada pels tècnics i experts que treballen en l'àmbit de l'atenció, protecció i orientació dels menors, que és directament saltant a la Part II, on en una quarantena de planes podran trobar directament l'anàlisi dels problemes i algunes propostes de millora així com algunes conclusions.

Si s'opta per una lectura completa de l'estudi, l'**estructura** de la recerca parteix del marc normatiu vigent actualment en matèria de menors i joves estrangers sols per abordar els problemes concrets que pateixen per a accedir tant a la formació preparatòria per a l'accés al

La Xarxa té tres subgrups de treball (jurídic, formació i habitatge), l'encàrrec s'emmarca en les tasques del grup de treball sobre formació.

mercat laboral, com també els problemes relacionats amb les pràctiques professionals a empreses que facilitarien notablement aquest accés; tot això tenint en compte la enorme transcendència que per a la seva regularitat futura té que s'estabilitzin al mercat de treball. En la seva primera part, l'anàlisi s'iniciarà amb la revisió del marc normatiu general existent, amb la identificació dels seus punts forts i dèbils; la segona part de l'estudi tractarà d'identificar i analitzar els diferents problemes que els menors i joves immigrants no acompanyats troben en l'accés al mercat de treball i en particular pel que fa a la formació i les pràctiques a empreses; finalment, l'estudi revisarà les possibles alternatives que l'ordenament ofereix (incloses les reformes normatives) per a trobar solucions als problemes anteriors. L'anàlisi finalitzarà amb unes breus conclusions, que orientaran les possibles línies d'acció posterior a fi d'assegurar el desplegament de les propostes formulades.

Una primera versió completa de l'**estudi** es va entregar per a la seva discussió el mes de desembre de 2020, i una presentació del mateix a les entitats de la Xarxa es va realitzar al març de 2021.

Autors: Dr. Ferran Camas, UdG
Sra. Almudena González, UB
Dr. David Moya, UB (*coord.*)

PART I. ANÀLISI DELS PROBLEMES DELS MENORS I JOVES IMMIGRANTS NO ACOMPANYATS EN L'ACCÈS A FORMACIÓ I TREBALL

1. Breu caracterització del fenomen dels menors que arriben a Catalunya en l'actualitat.

El context polític i social actual és d'un fort escrutini sobre els menors i joves immigrants no acompanyats, o si es vol que ha viatjat sols², així com de les institucions que se n'ocupen. El fort increment en el seu nombre als darrers anys, així com en ocasions la manca de suficients recursos per a atendre les seves necessitats els deixen sense una adequada atenció. Alguns delictes comesos de manera aïllada han contribuït a una percepció per una part de l'opinió pública sobre la seva perillositat, percepció animada per determinats discursos polítics, la qual cosa incrementa la pressió política per a intervencions més restrictives sobre els mateixos.

El fenomen del menors immigrants no acompanyats³ que viatgen sols no és nou, de fet a Catalunya ha estat una realitat social des voltants del 1998 quan van començar a ser localitzats petits grups de menors d'origen majoritàriament marroquí a algunes places de Barcelona i Santa Coloma de Gramenet. Des de llavors aquest fenomen, que té abast estatal i fins i tot europeu, s'ha anat coneixent millor essent objecte d'atenció tant per les administracions com per l'acadèmia i la societat civil. La migració de menors és un fenomen dinàmic i canviant amb el temps (sobretot en el nombre i edat dels menors que arriben), però és evident que als darrers anys s'ha produït una revifada del mateix. Així, si al 2014 eren localitzats 223 menors immigrants no acompanyats arribats a **Espanya** per via marítima en pasteres o altres embarcacions fràgils⁴, a partir de l'any 2016 es va iniciar un nou canvi de tendència, amb un notable creixement en l'arribada de menors estrangers sols, que l'any 2017

² Tot i la utilització generalitzada a la normativa del terme 'menor estranger no acompanyat' o del seu acrònim MENA, en aquest informe l'hem utilitzat únicament quan reproduïm disposicions generals, registres o documents que utilitzen exactament aquesta expressió. Atès el debat plantejat entorn a la possible càrrega pejorativa d'aquest terme, i sense entrar en el debat sobre la idoneïtat del mateix, hem seguit la mateixa línia que la recent Directriu general 6/2020 que utilitza el terme 'infants i adolescents immigrants no acompanyats' si bé al llarg de l'informe utilitzarem també expressions equivalents com 'menors estrangers sols' o 'menors estrangers que viatgen sols', 'infància i joventut migrada sola'; "infant migrat sol", "jove migrat sol", "jove migrada sola" o "joves que han vingut sols", o "infància o adolescència sense referents familiars o sense referents adults".

³ D'acord amb l'observació general núm. 6 (2005) del Comitè dels drets del nen sobre el Tracte dels menors no acompanyats i separats de la seva família fora del seu país d'origen, s'entén per nens o nenes no acompanyats (anomenats també "menors no acompanyats") d'acord amb la definició de l'article 1 de la Convenció dels drets del nen, els menors que estan separats d'ambdós progenitors i altres parents i no estan sent cuidats per un adult al que, per llei o costum, incumbeix aquesta responsabilitat

⁴ *Informe de la Fiscalia General de l'Estat de 2018*, citant com a font de la informació la Comissaria General d'Estrangeria i Fronteres.

passava ja a 2.345 i el 2018 uns 7.026 (increment d'un 199,61%)⁵ per establir-se una mica de nou al 2019 (6.810)⁶.

Com diem el canvi no ha estat només en nombre d'arribades, també ha anat canviant el perfil dels joves. Al 2019 a Espanya el 96,9% (6.810) són de sexe masculí i la resta (216) de sexe femení. Majoritàriament procedeixen del Marroc (61,89%), República de Guinea (14,10%), Mali (8,15%), Algèria (5,6%), Costa d'Ivori (4,5%) i Gàmbia (1,69%), seguits per altres zones principalment de l'Àfrica Subsahariana (també s'ha localitzat un menor d'Aràbia Saudita, un altre de l'Índia i tretze de Bangladesh)⁷. La majoria eren de sexe masculí i en edats que oscil·laven entre els 15 i els 17 anys com en el cas de Catalunya per exemple. L'entrada de noies semblava mostrar una tendència a la disminució.

Si bé la identificació dels menors és una competència estatal, l'atenció als menors estrangers correspon als serveis de protecció de menors de les Comunitats Autònomes Segons xifres oficials de la Generalitat de Catalunya, el 31 de desembre de 2020⁸ a **Catalunya** eren uns 3.479 menors i joves estrangers⁹, dels quals aproximadament el 96,1% eren nois, les edats compreses entre els 15 i 17 anys suposaven més del 95%, i el 52,0% tenia 18 anys o més, les noves arribades al desembre de 2020 van donar un total de 807 casos acollits per DGAIA. El 72,4% són marroquins i el 17,8% són de l'Àfrica subsahariana. En els darrers anys, cada vegada arriben joves amb edats límit, compresa aquesta entre els 17 i els 18 anys, cosa que

⁵ Síndic de Greuges de Catalunya, *La situació dels infants migrants sense referents familiars a Catalunya*, setembre 2018, p.9, disponible a http://www.sindic.cat/site/unitFiles/5630/Informe_menorsensereferents_2018.pdf

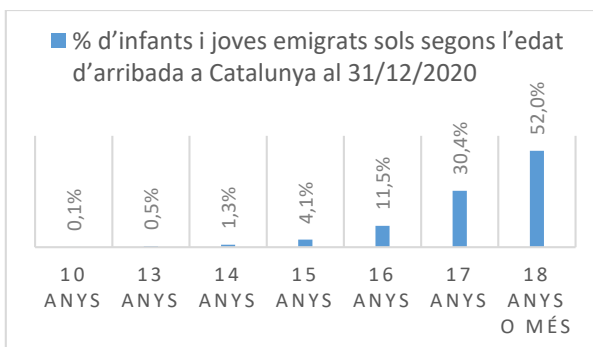
⁶ A l'hora de tancar aquest informe no estaven disponibles encara les dades de 2020. S'ha de tenir en compte, d'altra banda, que l'evolució del nombre de menors estrangers no acompanyats a l'Estat espanyol no es fàcilment constatable. Les divergències entre les dades disponibles a nivell estatal no permet conèixer exactament el nombre de menors estrangers no acompanyats a cada Comunitat Autònoma especialment si no han estat acollits per cap organisme públic de protecció. El Registre de menors estrangers no acompanyats regulat en l'article 215 del Reial Decret 557/2011, no sempre és un registre fidel de la realitat, doncs com assenyala el Defensor del Poble manca coordinació entre entitats de protecció i autoritats policials dificultant o endarrerint les inscripcions. Aquesta situació es reflecteix, per exemple a aquest article del diari El País: *Espanya no sabe cuantos menores extranjeros no acompañados acoge*, <https://elpais.com/espana/2020-05-13/espana-no-sabe-cuantos-menores-extranjeros-no-acompanados-acoge.html>, publicat el 14 de maig de 2020.

⁷ 34ª Jornada de Defensores del pueblo, Atención a menores extranjeros no acompañados, Documento de síntesis, octubre 2019, p.5 https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/34_jornadas_de_coordinacion.documento_sintesis_definitivo_1.pdf

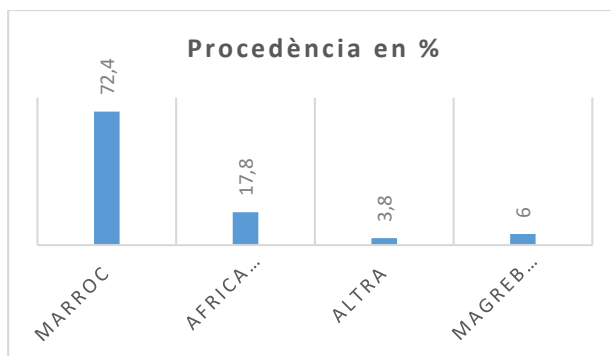
⁸ Dades estadístiques; Infants i joves emigrats sols, https://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/infancia_i_adolescencia/estrategiacatalanaacollida/dades/Darrera_actualitzacio: 31 de desembre de 2020.

⁹ Aquesta dada es pot contrastar amb la de 29 de febrer del 2020 per veure la evolució de l'any, quan a Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIA) actuava sobre un total de menors de 4.258 dels quals 2.794 eren tutelats i 1.464 es beneficiaven d'una prorroga assistencial. El 95,2% eren de sexe masculí i el 4,1% de sexe femení. El 38,1% del total de infants i adolescents son acollits per la DGAIA i el 59,5% eren acollits en un centre residencial. D'aquests 4.258 trobem 2.287 menors i joves estrangers no acompanyats. Al gener de 2018 eren 3.564 i el nombre d'arribades mensuals es situava entre 644 i 238. Informe mensual de la Direcció General d'Atenció a la Infància, gener 2020 (https://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/07infanciaiadolescencia/dades_sistema_proteccio/2020_01_informe_DGAIA.pdf).

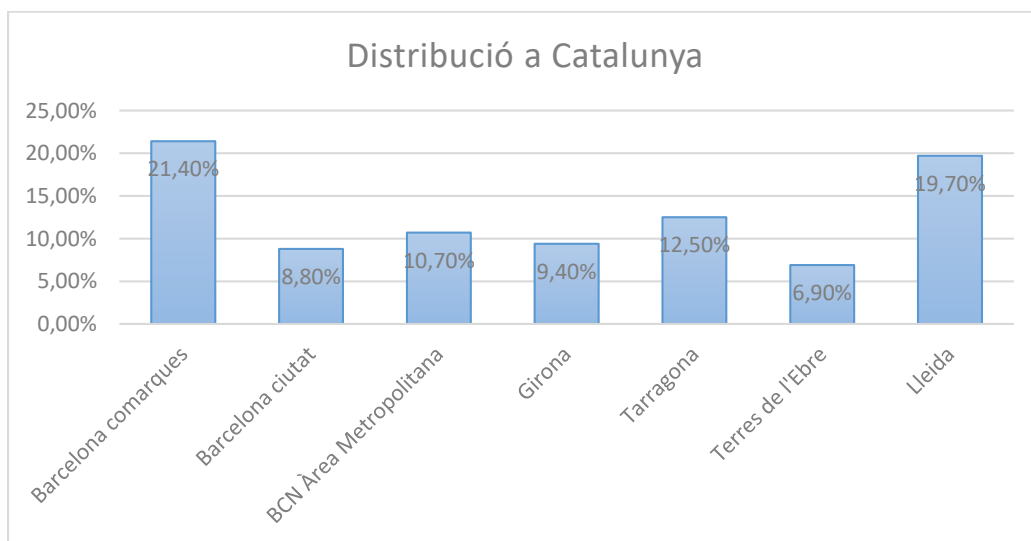
condiciona molt la intervenció educativa i la seva documentació, i obliga a una intervenció a correu per tal d'assegurar que reben l'educació i formació laboral essencial.



Font: elaboració pròpia aproximativa a partir de xifres publicades pel D del Departament de Treball, Afers socials i Famílies al 31 de desembre de 2020.



Font: elaboració pròpia aproximativa a partir de xifres publicades pel Departament de Treball, Afers socials i Famílies al 31 de desembre de 2020.



Font: elaboració pròpia aproximativa a partir de xifres publicades pel Departament de Treball, Afers Socials i Famílies al 31 de desembre de 2020.

Com es pot observar de les dades anteriors, als darrers anys s'han produït pics d'entrada de menors estrangers amb una major intensitat que en anys anteriors, amb una concentració dels menors estrangers sols preferentment a Barcelona ciutat, on constitueixen gairebé el 60% dels menors atesos al sistema de protecció de menors, i possiblement serien més si no fos per la distribució entre centres arreu de Catalunya, per l'efecte d'atracció de la ciutat no només pels nens, si no pels serveis i oportunitats que se'ls hi obren. Finalment, a diferència d'altres anys, recentment arriben joves amb edats compreses entre els 17 i els 18 anys, la qual cosa dificulta molt la intervenció per a tramitar la seva documentació abans de la majoria d'edat i assegurar una intervenció educativa addient.

En termes generals, l'arribada de menors els darrers anys i mesos a d'altres CCAA ha acabat sobrecarregant tot el sistema de protecció de menors espanyol, que en conjunció amb la crisi econòmica del període anterior, i les restriccions pressupostàries que se'n van derivar impliquen una disponibilitat de recursos humans i materials limitats per a fer front als reptes d'atenció i intervenció que el col·lectiu presenta. Tot això ha contribuït a un cert col·lapse i alarma en els serveis i recursos disponibles per a atendre'ls i assegurar-ne la integració. Entre les línies d'intervenció possibles, la formació orientada al mercat laboral i l'accés dels joves estrangers a aquests ha esdevingut un instrument fonamental per a assegurar la regularitat futura del col·lectiu un cop assolida la majoria d'edat i, en definitiva, la seva plena integració social.

Així i tot, actualment, les institucions catalanes estan adoptant mesures per a revertir aquesta situació, al mateix temps que es debat la possibilitat d'adoptar mesures més restrictives (incrementar repatriacions, reforçar el retorn voluntari via acords amb Marroc, etc..) però també contractant més professionals per atendre els joves. A nivell de l'Estat espanyol es debaten també mesures dirigides a reforçar els mecanismes de col·laboració inter-autonòmica i particularment de distribució interna de menors estrangers sols entre CCAA, de reforçament pressupostari de les CCAA responsables dels mateixos, recentment un Decret-Llei de Canàries ha adaptat la normativa reguladora dels centres d'atenció immediata per a l'acollida d'emergència dels menors¹⁰, etc..

2. La condició legal de “menor” a la normativa

2.1. La condició legal de “menor” a la normativa

Des d'una perspectiva jurídica, en tots aquests menors concorre una doble condició: són menors, però també són estrangers en situació irregular. La legislació d'estrangeria estableix el marc d'actuació en la seva condició d'estrangers i atribueix a l'Administració de l'Estat les competències en aquesta matèria. D'altra banda, en la seva condició de menors s'ha d'aplicar la legislació d'atenció i protecció a la infància i adolescència -tant estatal com autonòmica- i correspon a les Administracions autonòmiques donar a aquests menors l'atenció i protecció necessària. En el nostre sistema jurídic, la condició de menor prima legalment sobre la condició d'estranger; però, en la realitat els termes s'inverteixen en molts casos.

L'art. 39.4 de la nostra Constitució, estableix que els infants i adolescents gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets. El que ens porta, en primer terme, a la Convenció sobre els Drets de l'Infant, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989 (ratificada per Espanya el 30 de novembre

¹⁰ Decreto-ley 23/2020, de 23 de diciembre, por el que se modifica la normativa de atención a la infancia para adaptar los centros de atención inmediata como dispositivos de emergencia para el acogimiento de menores extranjeros no acompañados, BOE núm. 69 de 22 de març de 2021, disponible aquí (<https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/22/pdfs/BOE-A-2021-4398.pdf>).

de 1990). Així, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (en endavant LOPJM), estableix en el seu art. 3 que *"els menors gaudiran dels drets que els reconeix la Constitució i els tractats internacionals dels quals Espanya sigui part, especialment la Convenció sobre Drets de l'Infant de les Nacions Unides i els altres drets garantits per l'ordenament jurídic, sense cap discriminació per raó de naixement, nacionalitat, raça, sexe, deficiència o malaltia, religió, llengua, cultura, opinió o qualsevol altra circumstància personal, familiar o social"*. Quan el Comitè de Nacions Unides sobre drets del nen es refereix a menors migrants, o menors estrangers, no acompanyats, per al·ludir a les persones menors de 18 anys, que no tenen la nacionalitat de país en el qual es troben, estan separat /es de ambdós pares o altres parents i que no estan a la cura d'un adult a què, per llei o costum, incumbeix aquesta responsabilitat¹¹. Així mateix, tant la Convenció de Drets de l'Infant de les Nacions Unides, com l'esmentada Llei orgànica de protecció jurídica del menor, han establert que en totes les mesures relatives als menors ha de fer prevaldre l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès legítim concurrent en el cas (art. 2 LOPJM).

No obstant això, la veritat és que en aquesta matèria la realitat no sempre s'ajusta a les previsions normatives. En molts casos, la condició de menor passa a un segon pla i s'imposa la condició d'estranger. Es relega o omet el principi de l'interès del menor i fins i tot el de no discriminació. El mateix Comitè dels Drets de l'Infant ha manifestat la seva preocupació perquè el principi de no discriminació no s'aplica plenament en el cas dels menors no acompanyats. No obstant això, en l'esmentada *l'Observació General n° 6, sobre el tracte dels menors no acompanyats i separats de la seva família fora dels seus país d'origen*, el Comitè dels Drets de l'Infant de les Nacions Unides ha assenyalat que *"el principi de no discriminació, en totes les seves manifestacions, s'aplica a tots els aspectes de tracte dels menors separats i no acompanyats"* (paràgraf 18); i ha insistit que l'interès superior de l'infant ha de ser la consideració primordial en la recerca de solucions a curt i a llarg termini per a aquests menors (paràgrafs 19 a 22).

En alguns casos, la manca o deficient atenció rebuda per aquests menors ha estat deguda a la por de les Administracions autonòmiques competents al col·lapse o desbordament dels sistemes de protecció que, en general, no estan sobrats de recursos destinats a la infància i l'adolescència. D'altra banda, en ocasions, la condició d'estranger del menor s'imposa més enllà dels límits que estableix la legislació i, en particular, el principi de l'interès superior del menor. D'altra banda, es va obrint pas la necessària i fonamental col·laboració i coordinació entre les diferents administracions implicades. A més a més, estem davant d'un fenomen que té una dimensió europea i que requereix un pla d'acció conjunt en els Estats de la Unió Europea. En definitiva, es tracta d'una qüestió complexa que requereix l'atenció dels juristes.

¹¹ Observació General número 6 (2005), del Comitè de Nacions Unides sobre Drets de l'Infant, sobre tracte als menors no acompanyats i separats de la seva família fora de país d'origen (CRC/GC/2005/6, de 1 de setembre de 2005). Aquesta definició es replica a la Directiva 2013/33 / UE (LCEur 2013, 960) del Parlament Europeu i de Consell de 26 de juny de 2013 per la qual s'aproven normes per a l'acollida dels sol·licitants de protecció internacional. La qüestió de la majoria d'edat s'aborda en el següent apartat.

2.1. La condició legal de menor de les persones estrangeres en el nostre sistema jurídic.

En el nostre Estat, la mateixa Constitució disposa que "*els espanyols són majors d'edat als divuit anys*" (art. 12). En el mateix sentit s'expressa l'art. 315 del Codi Civil. Ara bé, aquests preceptes es refereixen als "*espanyols*". Per això, cal precisar fins que moment tenen la condició de menors les persones "estrangeres" que es troben a Espanya.

Ara bé, s'ha de posar en relleu que, tot i que es consideren "*estrangers*" les persones que no tenen nacionalitat espanyola, el règim jurídic aplicable és diferent si es tracta de persones nacionals d'un Estat membre de la Unió Europea o d'una persona a la qual no s'aplica el règim comunitari. Així, de forma general, no s'aplica la legislació d'estrangeria als nacionals dels estats membres de la Unió Europea i als que resulta aplicable el règim comunitari; a aquestes persones només se'ls aplicaria la legislació d'estrangeria en aquells aspectes que puguin ser més favorables. Per això, en aquest epígraf es centra l'atenció en la condició legal de "menor" de les persones estrangeres en general; i, a continuació, es procedirà a examinar la condició legal de "*menor*" a l'efecte d'aplicació de la legislació d'estrangeria; és a dir, en relació amb les persones a les quals no s'aplica el règim comunitari.

Doncs bé, la Convenció sobre els Drets de l'Infant, adoptada per l'Assemblea General de Nacions Unides, el 20 de novembre de 1989 (ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990), estableix que, a l'efecte de la seva aplicació, "s'entén per infant tot ésser humà menor de divuit anys d'edat, llevat que, en virtut de la llei que li sigui aplicable, hagi assolit abans la majoria d'edat" (art. 1). La Convenció acull, de forma general, els divuit anys com a moment fins el qual una persona tindrà la condició de menor a l'efecte de la seva aplicació. No obstant això, precisa que la majoria d'edat podrà assolir amb anterioritat a aquesta edat "*en virtut de la llei que li sigui aplicable*" a aquella persona.

A Espanya, la llei aplicable per precisar fins que moment les persones estrangeres tenen la condició de menors és la seva "*llei personal*"; és a dir, la legislació de l'Estat de què ostenten la nacionalitat. L'art. 9.1 del Codi Civil estableix que la llei personal corresponent a les persones físiques és la determinada per la seva nacionalitat. Per tant, la majoria d'edat dels estrangers vindria determinada per l'aplicació de la seva pròpia llei nacional.

Ara bé, en el cas que la persona estrangera no tingui nacionalitat o la tingui indeterminada, segons disposa l'art. 9.10 del Codi civil, es considera com a llei personal la llei del lloc de la seva residència habitual. Així, en el cas que aquesta persona tingui la seva residència a Espanya, s'aplicaria la llei espanyola per establir la minoria d'edat. En conseqüència, els espanyols tenen la condició legal de menor fins al moment en què compleixen 18 anys. No obstant això, la majoria d'edat dels estrangers en general ve determinada per l'aplicació de la legislació de l'Estat de què són nacionals.

En la legislació dels diversos estats es constata un procés d'harmonització encaminat a fixar amb caràcter general la majoria d'edat a partir dels 18 anys. No obstant això, seria possible la presència a Espanya de persones estrangeres que, d'acord amb la legislació del seu Estat, hagin adquirit la majoria d'edat a una edat diferent. El problema radicaria llavors en la dificultat de conèixer aquelles legislacions estrangeres que poguessin contemplar una edat diferent als 18 anys per establir la majoria d'edat.

D'altra banda, cal tenir en compte que l'art. 9.6 del Codi Civil estableix que *"serà aplicable la llei espanyola per prendre les mesures de caràcter protector i educatiu respecte dels menors o incapaçs abandonats que es trobin en territori espanyol"*. Així, un cop determinada la minoria d'edat d'una persona, espanyol o estranger, s'aplicarà la legislació estatal o autonòmica que correspongui per adoptar les mesures de protecció necessàries.

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (en endavant LOPJM), estableix en el seu art. 1 que la Llei i les seves disposicions de desenvolupament són d'aplicació *"als menors de divuit anys que es trobin en territori espanyol, llevat que en virtut de la llei que els sigui aplicable, hagin arribat anteriorment la majoria d'edat"*. De manera similar s'expressen en conjunt de Llei autonòmiques dictades en matèria de protecció de menors.

Per tant, en el cas de les persones estrangeres, de forma general, la condició de menor resulta de l'aplicació de la seva llei personal. Un cop determinada la minoria d'edat s'apliquen les mesures de protecció d'acord amb la legislació. La Llei atribueix a l'Administració la competència per a declarar, arribat el cas, el desemparament d'aquests menors i assumir la tutela (regulat en el Codi Civil, i en el cas de Catalunya, que té atribuïdes competències en la matèria, articles 105 i següents de la Llei 14/2010, de 27 de maig, de Drets i Oportunitats de la Infància i Adolescència).

Ara bé, no s'aplicaria la legislació de protecció de menors si aquestes persones adquireixen la majoria d'edat més enllà dels divuit anys; segons resulta de l'art. 1 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant de Nacions Unides o de l'art. 1 de la LOPJM. La legislació de protecció de menors s'aplica a les persones que no haguessin complert divuit anys, tret que en virtut de la llei que els sigui aplicable haguessin assolit la majoria d'edat amb anterioritat; en canvi, no s'aplica a les persones majors de divuit anys, encara que segons la llei que els sigui aplicable hagin adquirit la majoria d'edat amb posterioritat.

No obstant això, com veurem a continuació, la situació és peculiar en el Dret d'estrangeria en relació amb els *"menors no acompanyats"*. El tractament particular ve determinat per la legislació comunitària en aquesta matèria aplicable a la Unió Europea. En efecte, segons es posa en relleu més endavant, la legislació comunitària, en diverses normes, ha definit expressament què han d'entendre els estats de la Unió Europea com *"menor no acompanyat"*. Així, aquestes normes han establert que tenen aquesta condició els menors de 18 anys. En la

normativa comunitària, a aquests efectes, s'omet qualsevol remissió "*a la legislació aplicable*" a cada persona per determinar la seva minoria d'edat .

Per tant, des de la Unió Europea s'imposa una definició comuna de "*menor no acompanyat*", i es reconeixeria aquesta condició a totes les persones que no haguessin complert els 18 anys.

2.2. La condició legal de "menor no acompanyat" en el Dret d'estrangeria:

A Espanya, ni la legislació d'infància ni la d'estrangeria han caracteritzat expressament als "*menors no acompanyats*". L'actual Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (en endavant LOEx), malgrat la seva reforma i la incorporació de diverses directives comunitàries, no ha establert què ha de entendre per "*menors no acompanyats*". Així, tot i que l'art. 35 porta per títol "*menors no acompanyats*" i regula la situació jurídica d'aquests, el precepte no s'ha caracteritzat ni definit les persones que tenen aquesta condició.

Ara bé, tot i que la LOEx no ha caracteritzat els "*menors no acompanyats*", l'art. 1, al delimitar l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei, estableix que els nacionals dels Estats membres de la Unió Europea i aquells a qui sigui aplicable el règim comunitari es regeixen per les normes que el regulen i només els serà aplicable la Llei en els aspectes que pogués ser més favorable. En conseqüència, l'art. 35 relatiu als "*menors no acompanyats*" no resulta d'aplicable als menors nacionals dels Estats membres de la Unió Europea i aquells a qui sigui aplicable el règim comunitari.

D'altra banda, la Llei 12/2009, de 30 d'octubre, reguladora del dret d'asil i la protecció subsidiària, preveu la protecció internacional dels "*menors no acompanyats*", però tampoc defineix o caracteritza a aquests menors a l'efecte de la seva aplicació.

En canvi, en l'àmbit de la Unió Europea, diverses decisions i normes en matèria d'estrangeria han definit que s'ha d'entendre per "*menor no acompanyat*". En particular, cal destacar la Resolució del Consell de la Unió Europea de 26 de juny de 1997, relativa als menors no acompanyats nacionals de països tercers

Així mateix, en la mesura que Espanya ha ratificat la Convenció sobre els Drets de l'Infant de les Nacions Unides, cal tenir en compte la definició de menor no acompanyat que brinda l'Observació General nº 6 (2005), del Comitè de Drets del Nen de Nacions Unides , sobre tracte dels menors no acompanyats i separats de la seva família fora del seu país d'origen.

2.2.1. La condició legal de "menor no acompanyat" a la Unió Europea.

La Resolució del Consell de la Unió Europea, de 26 de juny de 1997, relativa als menors no acompanyats nacionals de països tercers, es va dictar amb el propòsit d'establir criteris

comuns i directrius per al tracte dels menors no acompanyats en els Estats de la Unió Europea, pel que fa a la seva acollida, permanència i retorn; i en el cas dels sol·licitants d'asil a la realització dels tràmits aplicables (art. 1.3). Doncs bé, la mateixa Resolució, als efectes de determinar el seu àmbit subjectiu d'aplicació, comença per caracteritzar als "menors no acompanyats". Així, l'art. 1 estableix el que segueix:

"Aquesta Resolució es refereix als menors de 18 anys nacionals de països tercers que arribin a el territori dels Estats membres sense anar acompanyats d'un adult responsable dels mateixos, ja sigui legalment o d'acord amb els usos i costums, i mentre no estiguin efectivament sota la cura d'un adult responsable. Aquesta Resolució es pot aplicar també als menors nacionals de països tercers que, després d'haver entrat en el territori dels Estats membres, siguin deixats sols. Les persones contemplades en els dos paràgrafs anteriors es denominaran en endavant "menors no acompanyats".

A continuació, en l'apartat 2 del mateix art. 1 disposa que *"La present Resolució no afectarà els nacionals de països tercers, familiars de nacionals d'un Estat membre de la Unió Europea, ni als nacionals d'un Estat membre de l'Associació Europea de Lliure Comerç que sigui part en l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu, ni als seus familiars, sigui quina sigui la nacionalitat d'aquests, quan exerceixin el seu dret de lliure circulació en virtut de Tractat constitutiu de la Comunitat Europea o l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu, respectivament "*.

Amb posterioritat, diverses directives comunitàries en matèria d'estrangeria, s'han caracteritzat de la mateixa manera als menors no acompanyats, encara que de forma més explícita assenyalen que el concepte inclou *"als menors que deixen d'estar acompanyats després d'haver entrat en el territori dels Estats membres "*). Aquestes normes comunitàries, de forma pràcticament idèntica a l'anteriorment citada Resolució del Consell de la Unió Europea, estableixen que:

"S'entenen per menors no acompanyats els nacionals de tercers països menors de 18 anys que arribin a el territori de l'Estat membre sense anar acompanyats d'un adult responsable d'ells, ja sigui legalment o d'acord amb els usos i costums, mentre tal adult no es faci efectivament càrrec d'ells, o els menors que deixin d'estar acompanyats després d'haver entrat en el territori de l'Estat membre ".

Per tant, en l'àmbit de la Unió Europea tenen la condició de *"menors no acompanyats"* les persones en les quals concorrin els següents requisits:

- a) Que no hagin complert els 18 anys;
- b) Que siguin nacionals d'Estats que no pertanyin a la Unió Europea i que no els sigui aplicable el règim comunitari;
- c) Que haguessin arribat a un Estat membre de la Unió Europea (per tant, que tinguin la condició de desplaçats internacionals); i

d) Que haguessin arribat sense anar acompanyats d'un adult responsable dels mateixos; o que hagin estat deixats sols després d'haver entrat acompanyats en el territori d'un Estat de la Unió Europea.

En conseqüència, el moment fins al qual les persones estrangeres tenen la condició de menor, a l'efecte d'aplicar la normativa comunitària en matèria d'estrangeria, són els divuit anys. La normativa comunitària no remet a aquests efectes a la "*llei aplicable*" a cada persona.

A la vista del concepte de "*menor no acompanyat*" acollit a la Unió Europea encara cal precisar quan tenen la condició de "*no acompanyats*".

Doncs bé, els menors migrants tenen la condició de "*no acompanyats*", segons estableix la normativa comunitària, quan no es trobin en companyia "d'un adult responsable d'ells, ja sigui legalment o d'acord amb els usos i costums" (el Dret consuetudinari) de l'Estat de què sigui nacional.

Així, estarem davant d'un "*menor no acompanyat*" sempre que no es trobi sota l'empara de les persones que en tenen la representació jurídica; sense perjudici que el menor pogués trobar-se en companyia d'altres persones. En alguns casos pot tractar-se de menors que conviuen amb parents, amics o altres persones que no tenen atribuïda la responsabilitat jurídica de la seva protecció. Precisament per reflectir aquesta realitat s'ha anat obrint pas en alguns Estats de la Unió Europea el concepte de "*menors separats*".

Cal tenir en compte que els menors són titulars de drets, però fins a la majoria d'edat no tenen plena capacitat per a exercir per si mateixos tots els seus drets. Per això, correspon a representant legal garantir a el menor el gaudi dels seus drets i completar la seva manca de capacitat d'obrar quan sigui legalment necessari. La persona o persones que tenen atribuïda la representació jurídica del menor -en general, els pares-són els que resulten legalment obligats a brindar protecció i garantir-li l'exercici dels seus drets.

Per tant, el menor tindrà la condició de "*no acompanyat*" sempre que no es trobi a la cura d'un adult que tingui atribuïda la seva representació jurídica, ja sigui d'acord amb la llei o els usos i costums del Dret de l'Estat de què sigui nacional. Així resultaria de la definició de "*menor no acompanyat*" que ens brinda la normativa comunitària esmentada. A més a més, queda reforçada per altres previsions legals contingudes en les mateixes normes.

La Resolució del Consell de la Unió Europea, de 26 de juny de 1997, relativa als menors no acompanyats nacionals de països tercers, al caracteritzar a aquests menors, necessita que tindran la condició de no acompanyats "*mentre no estiguin efectivament sota la cura de un adult responsable d'ells*". I, precisament per això, preveu que els Estats membres hauran d'encarregar el més aviat possible que "*el menor estigui degudament representat*". Aquesta previsió posa en relleu que es tracta de menors que no es troben en companyia d'una persona que ostenta la seva representació jurídica (art. 3.4); sense perjudici que poguessin estar amb altres persones.

En conseqüència, la condició de "*no acompanyat*" del menor es vincula a el fet de trobar-se al territori d'un Estat membre sense la companyia d'una persona que en tingui la representació legal; ja sigui perquè va arribar en aquestes condicions o perquè havent arribat en companyia d'una persona que tenia atribuïda la seva representació jurídica hagués estat deixat sol amb posterioritat.

Ara bé, que el menor no es trobi a la cura d'una persona que tingui atribuïda la seva representació jurídica no vol dir que no pugui estar acompanyat d'altres persones. Així, també tindran la condició de "*menors no acompanyats*" aquells que arribin a Espanya o es troben en companyia d'altres persones, fins i tot parents o persones properes, si aquestes no tenen atribuïda la seva representació i, per tant, no tenen l'obligació jurídica de brindar- protecció, garantir-los l'exercici dels seus drets i completar la seva capacitat d'obrar quan sigui necessari.

2.2.2. La condició legal de "menor estranger no acompanyat" als efectes d'aplicació de la Convenció de Drets de l'Infant de les Nacions Unides en els Estats que l'han ratificat.

El Comitè dels Drets de l'Infant de les Nacions Unides, als efectes d'aplicació de la Convenció sobre els Drets de l'Infant, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989, ha establert que han d'entendre els Estats part per "*menor no acompanyat*".

Així, l'Observació General nº 6 (2005), del Comitè dels Drets de l'infant, sobre tracte dels menors no acompanyats i separats de la seva família fora del seu país d'origen, recull les normes elaborades per tal de proporcionar als Estats criteris clars sobre les obligacions resultants de la Convenció en relació amb els menors no acompanyats. Doncs bé, la pròpia Observació defineix que hem d'entendre per menors o nens no acompanyats i per menors o nens separats.

L'Observació comença per remetre a la definició de nen o menor que brinda la pròpia Convenció sobre els drets de nen de Nacions Unides (apartat III, 9.). L'art. 1 de la Convenció estableix que s'entén per nen "*tot ésser humà menor de 18 anys d'edat, llevat que, en virtut de la llei que li sigui aplicable, hagi assolit abans la majoria d'edat*"; per tant, segons s'ha posat de relleu anteriorment, als efectes de la Convenció no tindrien la consideració de menor les persones que, segons la legislació que els sigui aplicable, adquireixin la majoria d'edat més enllà dels divuit anys.

A continuació, l'Observació precisa que "*això vol dir que els instruments legals que regeixen la situació dels menors dins del territori de l'Estat no poden definir a l'infant d'una manera que s'aparti de les normes que determinen la majoria d'edat en aquest Estat*". Aquesta última previsió és certament imprecisa. En el nostre sistema jurídic, segons s'ha posat de relleu anteriorment, l'art. 9.1 del Codi Civil estableix que la llei personal

corresponent a les persones físiques és la determinada per la seva nacionalitat i aquesta llei és la que regeix la capacitat i l'estat civil. En conseqüència, de forma general, la llei que resulta aplicable per a la determinar la majoria d'edat és la llei personal i no la llei del territori de l'Estat en què es troba la persona. No correspon al nostre ordenament establir a partir de quina edat una persona estrangera és major d'edat; es tracta d'una qüestió que estableix la legislació de l'Estat de què la persona és nacional. Per tant, en el supòsit que la persona estrangera procedís d'un Estat en el s'adquireix la majoria d'edat abans dels 18 anys, no tindria la condició de menor d'edat al nostre territori. Així, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, estableix que és d'aplicació "als menors de divuit anys que es trobin en territori espanyol, llevat que en virtut de la llei que els sigui aplicable hagin arribat anteriorment la majoria d'edat".

Ara bé, segons s'ha vist en l'apartat anterior, en els Estats membres de la Unió Europea, la normativa comunitària sobre estrangeria ofereix una definició comuna de "*menor no acompanyat*" i reconeix aquesta condició a totes les persones menors de 18 anys. En aquest àmbit no es remet a la llei aplicable per determinar la majoria d'edat.

D'altra banda, l'Observació General nº 6 estableix que s'ha d'entendre per "*nens no acompanyats*" i per "*nens separats*", d'acord amb la definició de l'art. 1 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant. Com veurem, aquest instrument legal defineix de forma, a més a més, precisa el caràcter "no acompanyat" del menor que la normativa comunitària anteriorment comentada.

Per "nens no acompanyats" (anomenats també "menors no acompanyats"), entén l'Observació "*els menors que estan separats d'ambdós pares o altres parents i no estan a la cura d'un adult a què, per llei o costum, incumbeix aquesta responsabilitat*" (apartat III, 7).

Per "nens separats" entén "*els menors separats de tots dos pares o dels seus tutors legals o habituals, però no necessàriament d'altres parents*". Per tant, pot tractar-se de menors acompanyats d'altres membres adults de la família (apartat III, 8).

La distinció entre "nens no acompanyats" i "nens separats" tindria per objecte subratllar que els Estats part de la Convenció han d'estar atents als menors que arriben acompanyats de persones, siguin familiars o no, que no en tenen la representació jurídica, segons les normes -llei o costum- del seu Estat d'origen.

Així, es tractaria d'evitar que alguns estats no donin el tractament jurídic de "menors no acompanyats" als quals es troben en companyia d'afins, familiars o altres persones que no en tenen la representació jurídica. Aquesta situació comportaria que aquests menors no tinguessin garantits els drets que els reconeix la Convenció de dret de l'infant. En realitat, en el millor dels casos, es tractaria de menors que es troben en companyia d'un guardador de fet; i, en el pitjor dels casos, estariem davant de menors que podrien qualificar-se de "mal acompanyats". Per això, l'Observació General nº 6, es refereix expressament a la condició de

"menors separats", a l'efecte de cridar l'atenció dels Estats part de la Convenció sobre la necessitat de reconèixer-los la mateixa protecció i drets que als que haguessin arribat sols o, havent arribat acompanyats, haguessin estat deixats sols amb posterioritat.

En conseqüència, els Estats part de la Convenció han d'aplicar el que estableix l'Observació General nº 6, tant als menors no acompanyats, com els menors separats dels seus pares o dels seus tutors legals.

Pel que fa a el moment a partir del qual els Estats han d'aplicar l'Observació General nº 6 als menors no acompanyats o separats de la seva família fora del seu país d'origen, en la mateixa es precisa que *"no s'aplica als menors que no hagin creuat una frontera internacional"*. En realitat, el Comitè dels Drets de l'Infant de les Nacions Unides requereix que tinguin la condició de desplaçats internacionals, ja que manifesta ser *"conscient dels nombrosos problemes anàlegs que plantegen els menors no acompanyats i separats de la seva família en situació de desplaçats interns"* (apartat II, 5). Per tant, en aquest punt l'Observació contraposa els menors no acompanyats desplaçats dins del seu propi país (desplaçats interns) als menors no acompanyats que han creuat una frontera internacional (desplaçats internacionals). En realitat, la intenció de l'Observació és simplement deixar fora del seu àmbit d'aplicació als menors no acompanyats dins del seu propi Estat. Per això, no es pot concloure que la mateixa no és aplicable als menors no acompanyats o separats que són localitzats en la mateixa frontera amb la intenció d'entrar en el territori d'un altre Estat; ja que aquests sí tindrien la condició de *"desplaçats internacionals"*. Aquesta interpretació resultaria de fet que la mateixa Observació, d'acord amb l'art. 22 de la Convenció, recorda als Estats l'obligació d'adoptar mesures perquè els menors no acompanyats que intentin obtenir l'asil rebin la protecció adequada (apartat VI, paràgrafs 64 i següents). I, com s'ha vist a l'analitzar la condició de menor no acompanyat en l'àmbit de la Unió Europea, també tenen aquesta condició els menors que es troben a la frontera amb la intenció d'entrar en el territori d'un Estat.

2.2.3. La presumpció de minoria d'edat.

En l'àmbit de l'estrangeria, tant la normativa comunitària com la legislació estatal han establert una presumpció de minoria d'edat a l'efecte de brindar protecció a les persones estrangeres la minoria d'edat no pugui ser establerta amb seguretat.

Així, la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social, en el seu art. 35.3 estableix la presumpció iuris tantum que és menor tot estranger indocumentat la minoria d'edat no pugui ser determinada amb seguretat. El citat precepte disposa que els serveis de protecció de menors brindaran l'atenció necessària als estrangers indocumentats la minoria d'edat no pugui ser determinada amb seguretat. Així, mentre s'indaga si efectivament la persona és major o menor d'edat, haurà de presumir-se que és menor als efectes de brindar l'atenció i protecció necessària.

Així mateix, en relació amb el dret d'asil i la protecció subsidiària, la Llei 12/2009, de 30 d'octubre, sota el títol Menors no acompanyats, també disposa que, quan la minoria d'edat no pugui ser establerta amb seguretat, es disposarà el necessari per a la determinació de l'edat del "presumpt" menor (art. 48). Encara que aquest precepte (a diferència de l'art. 35 LOEx) no estableix de forma expressa que se li ha de brindar pels serveis de protecció de menors l'atenció que necessiti, s'ha de concloure que així ha de ser mentre es realitzen les actuacions necessàries per a la determinació de l'edat, ja que la mateixa norma acull la presumpció de minoria d'edat.

3. Situacions dels menors estrangers sols i principals accions en detectar la seva arribada a Espanya.

3.1. La determinació de l'edat dels menors immigrants no acompanyats "documentats" a la llum de la jurisprudència de Tribunal Suprem

La STS de 23 de setembre 2014 (núm. 453/2014, recurs nº 1382/2013) vindria a marcar un abans i un després en la determinació de l'edat dels menors estrangers sols "documentats". La decisió d'aquesta sentència fixa en el punt 4 com a doctrina jurisprudencial la següent: *"L'immigrant del passaport o document equivalent d'identitat es desprengui la seva minoria d'edat no pot ser considerat un estranger indocumentat per ser sotmès a proves complementàries de determinació de la seva edat, ja que no cal qüestionar sense una justificació raonable per què es realitzen aquestes proves quan es disposa d'un passaport vàlid ... "*

En la mateixa Sentència s'estableix que el passaport o document equivalent d'identitat són vàlids quan hagin estat atorgats complint els requisits exigits al país d'origen o procedència i continguin les dades suficients per a la determinació de la identitat i nacionalitat del seu titular (FD primer , punt 1). Un dia després, la pròpia Sala Civil reitera la referida doctrina en la STS de 24 de setembre de 2014 (452/2014, recurs nº 280/2013). Amb posterioritat, han estat dictades en el mateix sentit, entre d'altres, les SSTS de 16 de gener 2015 (11/2015, recurs 1406/2013 i 13/2015, recurs 241/2014).

En les esmentades sentències, el mateix TS ha precisat que per a la validesa del passaport o un altre document d'identitat no es requereix -com es venia exigint pel Ministeri Fiscal i alguns òrgans judicials- legalització o "apostilla", ni l'existència de Tractat o Conveni internacional amb l'Estat que ha emès aquests documents. El TS ha assenyalat que no podran realitzar-se les proves de determinació de l'edat als immigrants no acompanyats del passaport o document equivalent d'identitat resulti la minoria d'edat, al no tractar-se de menors "indocumentats", en els termes de l'art. 35.3 de la LOEx. Aquest precepte disposa que "En els supòsits en què els cossos i forces de seguretat de l'Estat localitzin un estranger indocumentat la minoria d'edat no pugui ser establerta amb seguretat, se li donarà pels

serveis competents de protecció de menors, l'atenció immediata que necessiti, d'acord amb el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor, posant-se el fet en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que ha de disposar la determinació de la seva edat, per al que col·laboraran les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, realitzaran les proves necessàries" . El referit precepte legal estableix amb tota claredat que el Ministeri Fiscal només ha de disposar la realització de les proves de determinació de l'edat quan s'hagués localitzat a un menor estranger sol "indocumentat"; requerint, a més a més, que la minoria d'edat d'aquesta persona no pugui ser establerta amb seguretat com a conseqüència de la seva aparença física . No obstant això, el Ministeri Fiscal -sense que, de forma general, les Administracions autonòmiques competents per brindar protecció a aquests menors ho hagin qüestionat i, fins i tot, en gran part dels casos amb la seva complicitat- ha vingut disposant, des de fa anys, la realització de proves mèdiques de determinació de l'edat a estrangers no acompanyats "documentats", de que els seus passaports o altra documentació resultava la minoria d'edat, sense entrar a discutir prèviament la validesa dels documents que mostraven.

El fiscal general de l'Estat, tal com resulta de la Consulta 1/2009, de 10 de novembre, sobre alguns aspectes relatius als expedients de determinació de l'edat dels menors immigrants no acompanyats, va interpretar el citat art. 35.3 de la LOEx en el sentit de considerar "indocumentat", no només als que no tinguessin passaport o un altre document identificatiu, sinó també als que exhibien "títols amb indicis de falsedat" o, el que legalment qüestionable, quan els documents haguessin estat "generats en països que de fet no garanteixen la certesa de les dades que sobre l'edat de titular figuren en els mateixos". Al llarg d'aquests anys, cap autoritat ha establert a quins països fa referència el fiscal general de l'Estat. La veritat és que, de forma general, des de fa anys, es ve sotmetent a proves mèdiques de determinació de l'edat als menors estrangers sols amb passaport o un altre document equivalent d'identitat emesos per les autoritats dels Estats de l'Àfrica subsahariana.

El fiscal general de l'Estat, a través de l'esmentada Consulta venia a resoldre els dubtes plantejats en les fiscalies provincials. En el cas de Barcelona, la Fiscalia provincial (secció de menors), l'11 de juny 2009, havia dictat una Nota de servei interna: "Nota sobre menors estrangers que resulten no ser-ho". De la mateixa resulta que els passaports les dades es qüestionen són els d'aquells menors que procedeixen del "Golf de Guinea". Per això, a la Nota de la Fiscalia es conclou que s'ha de fer la prova de determinació de l'edat als menors estrangers sols "documentats" amb un passaport o un altre document d'identitat les dades de naixement no semblen adequar-se a la realitat i no hi ha Tractat o Conveni amb el país estranger que obligui a donar per cert el document. A la Nota, de forma subtil, s'apunta que la Direcció General de la Infància i l'Adolescència (DGAIA) de l'Administració de la Generalitat ha de "comprovar que la persona sigui realment menor" per declarar el desemparament i assumir la tutela i, afegeix , que l'expedient de determinació de l'edat ha de ser incoat per la Fiscalia "*Quan es tingui notícia que una persona estrangera, manifestament major d'edat, o que pogués ser-ho, utilitza un passaport (o un altre document d'identitat) les dades de naixement no semblen adequar-se a la realitat, i no hi ha un Tractat o Conveni*

especial amb el país estranger que ens obligui a donar per certes les dades que obrin en l'esmentat document ".

Doncs bé, en l'actualitat resulta contrari a Dret promoure la realització de proves de determinació de l'edat a menors estrangers sols del passaport o document equivalent d'identitat resulti la minoria d'edat, si prèviament no s'ha conclòs la falsedat o invalidesa del document. El TS ha deixat clar que el passaport és un document amb validesa internacional, sense que s'hagi de requerir per donar per certes les dades que obren en el mateix -en aquest cas l'edat- l'existència de legalització o "apostilla" o Tractat o Conveni amb el país estranger que el va emetre; tal com havia exigít el Ministeri Fiscal i, seguint el camí marcat per aquest, algunes resolucions judicials .

En el mateix cas Bridget, la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 10 d'abril 2013 (núm. 237/2013, secció 18), tot i que la menor portava passaport i certificat de naixement dels quals es desprenia que era menor de 18 anys, va establir que "la prova pericial mèdica resultava necessària per verificar si la demandant tenia més o menys edat". L'Audiència provincial adduïa que, a l'empara dels arts. 323 i 319 de la Llei d'Enjudiciament Civil (en endavant LEC), els documents de Bridget no tenien el caràcter de públics, ni validesa probatòria, al no tenir "*legalització o "apostilla" i la resta de requisits necessaris per a la seva autenticitat a Espanya*"; i afegia que "*no hi ha tractat o conveni internacional amb la República de Ghana, es requereix perquè el document tingui la consideració de públic la corresponent legalització*".

No obstant això, la STS de 23 de setembre 2014 (núm 453/2014), estima el recurs formulat per Bridget contra l'esmentada Sentència de l'Audiència Provincial i, al FD primer, estableix que "el passaport és un document amb validesa internacional expedit per les autoritats de país d'origen o procedència del seu titular, la finalitat primordial és la de facilitar l'entrada i sortida d'un ciutadà en un estat que no sigui el seu propi. Com a tal, val o no val, amb o sense visats, d'acord amb els convenis internacionals, al marge de la consideració que pugui tenir a Espanya com a document públic o no, tenint en compte que els articles que se citen de la LEC tenen caràcter processal i serveixen per atorgar valor i eficàcia probatòria d'un document públic a un document estranger, però res assenyalen sobre la validesa del passaport, de manera que es tracta d'una valoració que no correspon fer als encarregats de la seva recepció per autoritzar l'entrada o sortida del nostre país ja que no depèn de que tinguin o no la força probatòria que la nostra llei atribueix als documents expedits a l'estranger, sinó que sigui vàlid d'acord amb els requisits exigits al país d'origen i que contingui dades suficients per a la determinació de la identitat i la nacionalitat del seu titular".

En definitiva, com s'ha dit, després de la doctrina que ha assegut el TS en les sentències comentades, no resultarà ajustat a Dret i, en concret a les previsions de l'art. 35.3 LOEx, realitzar proves de determinació de l'edat a un estranger del passaport o document d'identitat equivalent resulti que és menor d'edat. En aquest cas, el menor haurà de ser posat a disposició dels serveis de protecció de menors que, procediran a tramitar el procediment de

desempament, i assumir la seva tutela . A més a més, cal tenir en compte que, tal com estableix l'art. 35.7 de la LOEx, *"es considera regular, a tots els efectes, la residència dels menors que siguin tutelats a Espanya per una Administració pública ... A instància de l'organisme que exerceixi la tutela i una vegada que hagi quedat acreditada la impossibilitat de retorn amb seva família o a país d'origen, s'atorgarà a el menor una autorització de residència, els efectes es retrotrauran a el moment en què el menor hagués estat posat a disposició dels serveis de protecció de menors ... "*

D'altra banda, els serveis competents de protecció de menors hauran de comunicar, al més aviat possible, a la Direcció General de Policia i de la Guàrdia Civil i la Secretaria d'Estat d'Immigració i Emigració, a través de les oficines d'estrangeria, les dades que coneguin relatives a la identitat del menor, d'acord amb el que disposa l'art. 215.1 i 2 del Rex. El citat art. 215.1, al regular les dades que han de constar en el Registre de Menors Estrangers no Acompanyats, es refereix als relatius als "menors estrangers no acompanyats, documentats i indocumentats, la minoria d'edat resulti indubtable des del moment de la seva localització o hagi estat determinada per Decret del Ministeri Fiscal "; l'apartat e), estableix que s'han d'inscriure les "dades relatives a l'edat indubtable del menor o de l'edat establerta per decret inicial del Ministeri Fiscal.Si és el cas, dades modificades per posterior Decret " .

Doncs bé, després de la doctrina de TS en les comentades Sentències, de forma general, haurà d'entendre "indubtable" l'edat del menor que consti en el passaport o un altre document d'identitat.

3.2- Circumstàncies i condicions en què es podria realitzar proves de determinació de l'edat als menors immigrants no acompanyats "documentats"

La de 23 de setembre 2014, com s'ha assenyalat, ha establert com a doctrina que "de l'emigrant del qual del passaport o el document del qual equivalent d'identitat es desprengui la seva minoria d'edat no pot ser considerat estranger indocumentat per a ser sotmès a proves complementàries de determinació de la seva edat". I afegeix el que segueix: *"perquè no cal qüestionar sense una justificació raonable per què es realitzen tals proves quan es disposa d'un passaport vàlid. Per tant, procedeix realitzar un judici de proporcionalitat i ponderar adequadament les raons per les quals es considera que el document no és fiable i que per això s'ha d'acudir a les proves de determinació de l'edat"*. I continua "En qualsevol cas, ja es tracti de persones documentades com a indocumentades, les tècniques mèdiques, especialment si són invasives, no podran aplicar-se indiscriminadament per a la determinació de l'edat".

Del contingut de la referida doctrina del TS resulta que el Ministeri Fiscal, a la llum de l'art. 35.3 LOEx, podria promoure la realització de proves de determinació de l'edat als menors estrangers sols documentats quan hi hagi "una justificació raonable". Ara bé, quan es acordi sotmetre a el menor documentat a proves de determinació de l'edat de l'edat "haurà de

realitzar-se un judici de proporcionalitat i ponderar adequadament les raons per les quals es considera que el document no és fiable”. Per tant, és necessari examinar en quines circumstàncies el Ministeri Fiscal podria ordenar la pràctica de les proves de determinació de l'edat als menors de la documentació dels quals resulti la minoria d'edat, la qual cosa ens porta a examinar el Protocol de menors estrangers sols. Ara bé, ha d'advertir-se que el Protocol va ser elaborat i subscrit el 22 de juliol 2014; per tant, amb anterioritat a la jurisprudència del TS sobre el concepte “indocumentat” de l'art. 35.3 de la LOEx. Per això, és important examinar amb atenció el Protocol menors estrangers sols per a comprovar si, efectivament, s'ajusta a la jurisprudència del TS i veure en quins casos preveu que existiria una “justificació raonable” perquè el Ministeri Fiscal impulsi la realització de proves de determinació de l'edat a menors que disposen d'un passaport o un altre document d'identitat vàlid, a l'empara de l'art. 35.3 LOEx

3.2.1. Circumstàncies previstes en el Protocol dels menors estrangers viatjant sols conforme a les quals podria tenir-se per “indocumentat” al menor estranger no acompanyat amb passaport o un altre document d'identitat vàlid.

El Capítol II del Protocol, titulat “Localització (del menor) i actuacions subsegüents”, estableix en l'apartat sisè, referit a la “Documentació oficial expedida pel país d'origen del menor”, els criteris conforme als quals no es tindran per vàlids, a l'efecte de determinar l'edat, els documents del menor. Tal com assenyala el punt 3, quan concorri alguna de les circumstàncies previstes en l'apartat (sisè) “es considerarà, a l'efecte d'aquest Protocol, que l'estranger es troba indocumentat”. En primer lloc, ha d'advertir-se que el contingut del referit apartat sisè és confús i, en alguns punts, resulta contradictori. En efecte, es comença per assenyalar (punt 1) que els documents estrangers que continguin dades identificatives del menor –com l'edat- no constitueixen prova plena, tret que així vingui reconegut per Conveni o Tractat internacional, conforme al que es disposa en l'art. 323 de la LEC . Doncs bé, encara que no cal qüestionar el que s'assenyala, ha de tenir-se en compte que no és aplicable a l'efecte d'acordar la realització de proves de determinació de l'edat a Menes documentats, a l'empara de l'art. 35.3 LOEX. Tal com ha assenyalat el TS, el passaport o un altre document d'identitat és vàlid al marge de la consideració que pugui tenir a Espanya com a document públic. El TS ha indicat expressament que el referit precepte de la LEC té “*caràcter processal i serveix per a atorgar valor i eficàcia probatòria de document públic a un document estranger, però res assenyala sobre la validesa del passaport*”.

Per tant, no resultaria conforme a Dret que el Ministeri Fiscal impulsés la realització de proves de determinació de l'edat d'un menor documentat al·legant que no existeix Conveni o Tractat internacional amb l'Estat que va emetre la documentació, o que és necessària la legalització o “apostilla”, com s'havia fet. A l'efecte de l'art. 35.3 LOEX, després de la jurisprudència del TS, el menor estranger amb passaport o un altre document d'identitat legalment expedit per les autoritats estrangeres no podrà ser considerat indocumentat al·legant la falta de compliment dels requisits de l'art. 323 LEC . El que s'acaba d'assenyalar s'aclareix expressament en el punt 2, del propi apartat sisè del Protocol; encara que s'ha

considerat convenient explicitar-lo per a evitar qualsevol confusió que pogués portar a continuar amb la pràctica fins ara habitual i contrària a Dret. En efecte, el punt 2 assenyala el que segueix: *“No obstant això, els passaports i documents de viatge originals emesos per les autoritats estrangeres a l'efecte de l'article 25.1 LOEX seran títol suficient per a reconèixer la condició de minoria d'edat i la seva filiació...”*. En definitiva, ha de concloure's la validesa del passaport o un altre document d'identitat que continguin dades suficients per a la determinació de la identitat i la nacionalitat del seu titular, emesos complint els requisits exigits al país d'origen.

Per això, ha de qüestionar-se el contingut del Protocol que, en el seu Capítol V, apartat sisè –relatiu a la finalització de l'expedient de determinació de l'edat incoat pel Ministeri Fiscal en el punt 2 A), preveu que el Decret del Ministeri Fiscal podrà ser revisat “quan s'aportin documents o certificacions genuïnes expedides per autoritats de l'Estat d'on és nacional l'interessat que tinguin força probatòria segons l'article 323 LEX per haver-se així reconegut per Conveni bilateral o Tractat internacional”. Conforme a la jurisprudència del TS, el Decret pel qual s'hagués determinat la majoria d'edat de l'estranger no acompanyat hauria de ser revisat quan aportí documentació vàlidament emesa per les autoritats estrangeres de la qual resulti la seva minoria d'edat. En la mesura que el procediment de determinació de l'edat és una “diligència preprocesal”, com es diu en el propi Protocol (Capítol V, apartat segon), incloent el procediment de revisió, no és conforme a Dret requerir que la documentació que aportació tingui força probatòria per haver-se subscrit Conveni o Tractat internacional amb l'Estat emissor. El propi TS ha assenyalat que el citat precepte de la LEC té caràcter processal i que el passaport o un altre document d'identitat expedits per les autoritats del país d'origen o procedència tenen validesa conforme als Convenis internacionals, “al marge de la consideració que puguin tenir a Espanya com a document públic o no”, tenint en compte el citat article de la LEC res assenyala sobre la validesa del passaport o document equivalent d'identitat dels quals resulti la minoria d'edat de l'estranger. En realitat, el Protocol es ve a contradir, ja en el mateix punt 2 lletra D) assenyala que el Decret podrà revisar-se “quan l'interessat aportí documentació genuïna expedida per l'Estat que és nacional que, encara que no reuneixi els requisits previst en el precedent apartat A): a) no estigui viciada de falta de credibilitat per concórrer qualsevol de les circumstàncies ressenyades en el Capítol II, apartat sisè 2 (que a continuació comentarem); o b) provinguin de qualsevol Estat el règim legal del qual no exigeixi cap mena de control oficial sobre els registres públics, l'emissió de documents i els seus corresponents acaraments”. De nou en aquest punt el Protocol resultaria contrari a la jurisprudència del TS comentada. En el seu cas, tal com ha assenyalat el TS, s'hauria de “impugnar l'autenticitat dels documents que acreditaven aquesta minoria d'edat” (STS de 23 de setembre 2014, FDsegon,punt.6).

Ara bé, no obstant l'anterior, l'apartat sisè del Protocol, punt 2 en relació amb el 3, preveu algunes excepcions que permetrien considerar com a “indocumentats” i, per tant, acordar la realització de proves de determinació de l'edat, a estrangers amb documents vàlids dels quals resulta la minoria d'edat . Per això, a continuació es procedirà a analitzar aquestes excepcions per a contrastar-les amb la jurisprudència del TS, en relació a la interpretació de l'art. 35.3

LOEX, que –com s'ha dit- requereix per a això “una justificació raonable” i procedir a “realitzar un judici de proporcionalitat i ponderar adequadament les raons per les quals es considera que el document no és fiable i que per això s'ha d'acudir a les proves de determinació de l'edat”. Doncs bé, el Protocol preveu les següents circumstàncies: Quan el passaport o un altre document identificatiu:

A) “Presentin signes de falsificació, es trobi en tot o part alterats o s'apreciï que han estat corregits, esmenats o ratllats”. En aquest cas, estaríem sens dubte, davant una “justificació raonable” per a acordar la realització de proves de determinació de l'edat. Ara bé, ha d'advertir-se que no correspondria al Ministeri Fiscal promoure la realització de proves de determinació de l'edat, a l'empara dels arts. 35.3 de la LOEx i 190 del REX El propi Protocol sobre els menors estrangers sols, Capítol V, apartat primer, punt 5, disposa que “en cas que l'estranger sigui portador d'un document falsificat en haver estat manipulat de manera manual o química per a alterar les dades del document original emès per les autoritats estrangeres, es procedirà de la manera prevista en el Capítol III, apartat tercer, 3 del present Protocol, posant-se a l'afectats a la disposició del Jutge d'instrucció competent”. El referit apartat tercer es refereix a la manera de conducta en el cas de “menors estrangers no acompanyats localitzats després de la comissió d'un fet delictiu que els fos imputat a títol d'autoria o participació” i el punt 3 es diu que “Si el detingut fos un estranger la minoria d'edat del qual no pugui ser establerta amb seguretat serà conduït davant el Jutjat d'Instrucció competent a l'efecte d'aplicació de l'article 375 de la Llei d'Enjudiciament Criminal”.

Les excepcions B) i C) són molt similars pel que convé examinar-les de manera conjunta. La lletra B) preveu documents que “Incorporin dades contradictòries amb altres documents públics emesos pel propi país emissor que port el menor estranger o de què disposi l'autoritat espanyola competent”. La lletra C) quan “El menor estigui en possessió de dos documents de la mateixa naturalesa que continguin dades diferents”. Doncs bé, resultaria que la circumstància prevista en la lletra B) es refereix al supòsit en què les dades de l'estranger que apareixen en dos o més documents públics, de diferent tipus, contenen dades contradictòries. En canvi, la lletra C) sembla referir-se a documents del mateix tipus amb dades diferents. En el primer cas es precisa que es tracta de documents públics i en el segon no. En qualsevol cas, la veritat és que resulta complicat establir les diferències entre les circumstàncies previstes en les lletres B) i C). En tots dos supòsits podria concloure's que, tal com ha requerit el TS, estem davant una “justificació raonable” per a realitzar les proves de determinació de l'edat a un menor estranger amb passaport o un altre document equivalent d'identitat vàlid. Ara bé, en qualsevol cas, és fonamental tenir en compte que haurà de fer-se una interpretació restrictiva de les referides circumstàncies, ja que els dubtes respecte a l'edat d'un menor documentat, a l'efecte d'acordar les pràctiques de les proves de determinació de l'edat a l'empara de l'art. 35.3 LOEx, hauran de resoldre's a favor del menor, tal com exigeix el principi de l'interès superior del menor. Segons assenyala el TS “procedeix realitzar un judici de proporcionalitat i ponderar adequadament les raons per les quals es considera que el document no és fiable i que per això s'ha d'acudir a les proves de determinació de l'edat” (STS 23 setembre 2014). En conseqüència, tant en el Decret inicial mitjançant el qual el

Ministeri Fiscal acordi incoar l'expedient de determinació de l'edat, com en el que posi fi a l'expedient, haurà de quedar degudament acreditades les circumstàncies que han justificat la realització de les proves i els criteris de ponderació que, conforme al principi de proporcionalitat, s'han tingut en compte.

El Protocol preveu, com a quarta circumstància que portaria a considerar com a “indocumentat” al menor amb documentació vàlida, l'establerta en la lletra D), quan els documents “siguin contradictoris amb prèvies proves mèdiques sobre l'edat o filiació del titular del document, practicades a instàncies del Ministeri Fiscal o per una altra autoritat judicial, administrativa o diplomàtica espanyola”. Aquesta circumstància resulta complicat conciliar-la, almenys en tota la seva extensió, amb la doctrina establerta pel TS en interpretar l'art. 35.3 de la LOEx . En primer lloc, s'ha de posar en relleu que el TS ha assenyalat que, a l'efecte d'entrada i sortida d'un ciutadà en un Estat, resulta vàlid el passaport expedit per les autoritats del país d'origen o procedència i, com a tal, val conforme als convenis internacionals. Ara bé, és cert que perquè les dades del passaport o un altre document d'identitat tinguin valor i eficàcia probatòria en el marc d'un procés judicial es requereix que compleixin els requisits de l'art. 323 de la LEC; però ha d'insistir-se, tal com ha posat de manifest el propi TS, aquest precepte de la Llei d'Enjudiciament Civil té caràcter processal. D'altra banda, el propi TS ha assenyalat, com ja feien les Defensories del Poble , que “les tècniques actuals (de determinació de l'edat) no permeten establir amb total precisió l'edat d'un individu”; i afegeix “l'emigració va provocar per si mateixa, inevitablement, un desequilibri que s'agreuja per als menors quan el dubte es resol en contra seva i se'ls situa en el cercle de majors d'edat amb evident desprotecció quant als drets i obligacions i consegüent situació de desemparament des del moment en què no queden sota la tutela dels serveis de protecció corresponents” (STS de 23 setembre 2012). Pel que fa a passaports o altres documents equivalents que recullin una edat que resulti contradictòria amb prèvies proves mèdiques realitzades a instàncies de l'autoritat judicial (segons preveu la lletra D) que comentem), és cert que, en el curs d'un procés judicial penal podria acordar-se la realització de proves de determinació de l'edat –així succeiria quan un menor estranger indocumentat hagués comès presumptament un delict-. No obstant això, quan l'estranger tingui documentació vàlida de la qual resulti la seva minoria d'edat, les proves mèdiques de determinació de l'edat no haurien de ser, per si soles, concloents per a desvirtuar la seva condició de menor; sinó una prova més a valorar amb el conjunt de les practicades en el marc del procés judicial.

En el cas de proves mèdiques prèviament practicades a menors estrangers sols “documentats”, a instàncies del Ministeri Fiscal, de manera contrària a la interpretació que, amb posterioritat, el TS ha realitzat de l'art. 35.3 de la LOEx, de cap manera podran tenir la virtualitat de deixar sense efecte les dades que sobre l'edat resultin del passaport o un altre document d'identitat legalment expedit per una autoritat estrangera. El Decret de Fiscalia determinant la majoria d'edat d'un menor estranger, dictat a conseqüència de la pràctica d'unes proves mèdiques que no s'ajusten a les previsions de l'art. 35.3 LOEx –tal com ha estat interpretat pel TS- estaria viciat d'invalidesa. D'altra banda, el Ministeri Fiscal podria acordar,

a l'empara de l'art. 35.3 LOEx , la realització de proves mèdiques de determinació de l'edat a estrangers “indocumentats”, i resoldre que són majors d'edat mitjançant el corresponent Decret. Doncs bé, en aquest cas, si amb posterioritat l'estranger aportés documentació vàlida de la qual resulti la minoria d'edat, haurà de prevaler l'edat que resulti dels documents. De nou ha d'insistir-se en la falta de precisió i qüestionable fiabilitat de les proves mèdiques aportades. Per això, tal com ha assenyalat el TS, qualsevol dubte sobre la minoria d'edat haurà de resoldre's a favor del menor.

En definitiva, no existiria cap supòsit en què el Decret del Ministeri Fiscal, dictat a l'empara de l'art. 35.3 LOEx, després de la simple i única realització de proves mèdiques de determinació de l'edat, pogués tenir la virtualitat de fer prevaler l'edat fixada en aquesta resolució sobre la qual resulti del document vàlid que aporta l'estranger. Tal com es diu en el propi Protocol de menors estrangers sols, l'expedient de determinació de l'edat s'incoa i tramita com una “*diligència preprocesal*” i el Decret que es dicti pel Ministeri Fiscal té “*caràcter cautelar*” i resol sobre l'edat de manera “provisional” (Capítol V, apartat primer, punts 2 i 3 i apartat segon). Per tot això, és qüestionable l'adequació a la legalitat de la previsió del Capítol II, apartat sisè, lletra D), per considerar “indocumentat” al menor estranger no acompanyat amb passaport o un altre document vàlid d'identitat del qual resulti la minoria d'edat, quan de manera prèvia hagués estat sotmès a proves mèdiques de determinació de l'edat a instàncies del Ministeri Fiscal a l'empara de l'art. 35.3 LOEx i mitjançant decret s'hagués establert la seva majoria d'edat. La Consulta 1/2009, de 10 de novembre, del Fiscal General de l'Estat, sobre alguns aspectes relatius als expedients de determinació de l'edat dels menors immigrants no acompanyats, comminava als Fiscals a interpretar que, en l'àmbit de l'art. 35.3 de la LOEx, el Decret pel qual es resolvia la majoria d'edat després de la realització d'una prova mèdica podia desvirtuar el contingut dels documents oficials. Tanmateix, el TS ha posat en relleu que això no és possible, per ser contrari al referit art. 35 LOEx.

Finalment, en la lletra D) també es vindria a considerar “*indocumentats*” als estrangers que aportin passaport o un altre document equivalent vàlid l'edat del qual resulti contradictòria amb prèvies proves mèdiques practicades a instàncies de l'autoritat administrativa o diplomàtica espanyola. Doncs bé, pel que fa a la pràctica de proves de determinació de l'edat a instàncies d'una Administració pública, cal imaginar que l'Administració autonòmica competent per a assumir la tutela del menor i adoptar mesures de protecció, insti la realització de les mateixes a menors que haguessin estat posats a la seva disposició a aquest efecte de conèixer el moment en què aconseguixen l'edat per a treballar o la majoria d'edat; ara bé, en aquests casos, la pròpia Administració ha de tractar de recaptar prèviament la documentació del menor al país d'origen. Per això, en el cas que s'haguessin realitzat proves mèdiques de determinació de l'edat i, amb posterioritat, el menor porti documents d'identitat vàlidament emesos per les autoritats del país d'origen, ha d'estar-se a l'edat que resulti de la documentació aportada. Per tant, en aquest punt la previsió de la lletra D), de l'apartat sisè, Capítol II, del Protocol, no resultaria conforme amb la jurisprudència del TS de les Sentències comentades, de manera que no podria considerar-se a aquests menors “indocumentats” a l'efecte de l'art. 35.3 LOEx. El resultat de les proves mèdiques prèviament practicades a instàncies de

L'Administració no pot prevaler sobre l'edat que resulti del passaport o un altre document equivalent d'identitat vàlidament emès per les autoritats del país d'origen o procedència del menor. Pel que fa a documents dels quals resulti la minoria d'edat i siguin contradictoris per prèvies proves mèdiques realitzades a instàncies d'una autoritat diplomàtica caldria dir el mateix que s'ha assenyalat en l'apartat anterior. A més a més, s'ha de posar en relleu que l'actual legislació d'estrangeria no preveu la realització d'aquestes proves mèdiques de determinació de l'edat a instàncies d'una autoritat diplomàtica espanyola.

La lletra e) de l'apartat sisè, també considera “*indocumentats*”, a l'efecte del Protocol i, per tant, de l'aplicació de l'art. 35.3 LOEx i art. 190 REx, quan “*sigui palès, evident i indubtable la falta de correspondència entre les dades incorporades al document públic estranger i l'aparença física de l'interessat*”. Aquesta concreta circumstància sembla haver estat redactada després de conèixer-se la doctrina del TS que comentem. En efecte, fins ara la pràctica ha estat que, en aquells casos en què es considerava que hi havia falta de correspondència entre l'edat que resultava del passaport o un altre document d'identitat vàlid aportat pel menor i l'aparença física d'aquest, s'acordava la realització de proves mèdiques de determinació de l'edat. En canvi, el TS ha declarat expressament que “*qualsevol dubte basat en la simple aparença física de la persona ha de resoldre's a favor del menor*” (SSTS de 23 i 24 setembre 2014, FD Primer i Segon, punt 4). Per això, el Protocol es refereix al supòsit en què no existeixi cap dubte (la qual cosa resulta difícil i complicat de precisar) i preveu que “*sigui palesa, evident i indubtable*” la falta de corresposta entre l'aparença física i l'edat que resulti de la documentació. D'aquesta manera s'intenta reconduir el supòsit a la “*justificació raonable*” que exigeix la jurisprudència del TS per a realitzar les proves quan el menor estranger no acompanyat disposa de documents vàlids. Ara bé, quan es pot considerar que no hi ha cap dubte que l'edat documentada no es correspon amb l'aparença física. El Fiscal o els Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat tenen els coneixements tècnics per a determinar-lo?, haurien de ser els propis serveis sanitaris els que ho determinessin una vegada iniciat l'expedient pel Fiscal? Què succeiria si de les proves mèdiques resulta una diferència de 1, 2 o fins i tot 3 anys major respecte a l'edat documentada?; seria possible concloure que el Decret que dicti el Fiscal relatiu a l'edat ha de prevaler sobre l'edat documentada? En la nostra opinió, no. Des del nostre punt de vista, perquè l'edat que s'estableixi en el Decret pugui prevaler sobre l'edat documentada hauria d'existir una diferència entre l'una i l'altra de, almenys, cinc anys. En cas contrari, sembla que no hagués estat possible concloure que, “*sens dubte*”, existia una falta de correspondència entre l'aparença física i l'edat que resulta del document d'identitat aportat; més si aquest judici previ no ha estat realitzat per una persona amb els coneixements tècnics precisos. D'altra banda, també ens hem de preguntar què succeeix quan el menor és sotmès a proves mèdiques de determinació de l'edat per aquest motiu i després el resultat posa en relleu que no resultaven procedents, per no considerar-se concloent per a deixar sense efecte l'edat que assenyalava la documentació. Quin tipus de responsabilitat podria exigir-se a la Fiscalia.

La circumstància prevista en la lletra G), del propi apartat sisè, té una gran relació amb l'anterior: que el passaport o un altre document vàlid d'identitat “incorporin dades

inversemblants” . El concepte jurídic indeterminat, en el context que s'utilitza, és de tal magnitud que no és possible precisar a quina mena de dades es pot estar fent referència; més enllà dels que ja es contemplen en les altres lletres i, en particular, la falta de concordança entre l'aparença física i l'edat (lletra e).

En la lletra F), es preveu com a circumstància que portarà a considerar com a indocumentat a l'estranger no acompanyat amb documentació vàlida de la qual resulti la minoria d'edat, quan “contradiguin substancialment les dades i circumstàncies al·legades pel portador del document”. Ara bé, aquesta circumstància només permetria considerar indocumentat al menor amb documentació vàlida quan s'interpreti conforme a l'interès superior del menor . Això és, en aquells casos que de la documentació resulti la majoria d'edat i, en canvi, l'estranger afirmi ser menor ; d'una altra manera no pot entendre's com una manifestació verbal de l'estranger pot prevaler sobre l'edat que resulti dels documents d'identitat del vàlidament emesos per les autoritats estrangeres, quan això suposa privar-li dels drets que l'Ordenament li reconeix com a menor i, en particular, del dret a rebre protecció pública.

3.2.2. Condicions conforme a les quals el Ministeri Fiscal podria acordar la realització de proves de determinació de l'edat a menors immigrants no acompanyats documentats

El Tribunal Suprem, en les Sentències comentades, ha establert que no cal qüestionar sense una justificació raonable per què es realitzen tals proves quan es disposa de passaport valgut” o un altre document equivalent d'identitat. I ha afegit que, per això, “procedeix realitzar un judici de proporcionalitat i ponderar adequadament les raons per la qual es considera que el document no és fiable i que per això s'ha d'acudir a les proves de determinació de l'edat”. Finalment, assenyala que “*ja es tracti de persones documentades com a indocumentades, les tècniques mèdiques si són invasives, no podran aplicar-se indiscriminadament per a la determinació de l'edat*”. Per tant, quan el Ministeri Fiscal promogui realitzar proves de determinació de l'edat a Menes “documentats”, haurà d'expressar de forma motivada, tant en l'acord inicial, com en el decret amb el qual es posa fi al procediment o expedient, la concreta “justificació raonable” que ha portat a acordar la realització de les proves en el cas concret i, així mateix, ponderar adequadament les raons per les quals s'ha considerat que el document que aportava el menor no es va considerar fiable. En definitiva, el Decret del Ministeri fiscal haurà d'estar degudament motivat, de manera que l'interessat pugui conèixer el “judici de proporcionalitat” realitzat i les concretes raons que han estat ponderades per a sotmetre a un menor documentat a proves les tradicionals proves mèdiques de determinació de l'edat, a l'empara de l'art. 35.3 LOEx. En el cas de falta de motivació del Decret de fiscalia estariem davant una decisió arbitrària, la qual cosa resulta contrari a l'art. 9.3 de la Constitució (CE).

El Protocol relatiu als menors estrangers viatjant sols, Capítol V, apartat sisè, punt 1, relatiu al contingut del Decret del Ministeri Fiscal, estableix que contindrà fonaments de fet i de Dret. En els fonaments de fet haurà de fer-se constar “la relació d'indicis o circumstàncies que han determinat la necessitat de la pràctica de les proves mèdiques”, es referiria als menors

documentats. En el referit als fonaments jurídics només diu que hauran de motivar-se “perquè no s'accepten els indicis de dubte plantejats pels Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat, la policia autonòmica o autoritat, institució o entitat, local o autonòmica, i no s'ha acordat la pràctica de les diligències de comprovació”. No obstant això, el Ministeri Fiscal no sols hauria d'explicitar i raonar, en els fonaments jurídics del Decret, els motius pels quals no s'accepten els indicis de dubte plantejats per la policia; a tenor de la doctrina del TS, és fonamental que s'expliciti, més enllà dels mers fets, el judici de proporcionalitat i la ponderació de les raons per les quals es va considerar que la documentació aportada no era fiable. Per tant, no resultaria suficient que el Ministeri Fiscal es limités a invocar en el Decret alguna de les circumstàncies previstes en l'apartat sisè, punt 2, del Capítol II del Protocol, que han quedat examinades. És necessari que, en el supòsit d'aplicar-se alguna de les referides excepcions, el Fiscal realitzi en el curs del procediment les actuacions necessàries per a recaptar proves (documentals, estudi psicològic per a valorar la maduresa, examen mèdic no radiològic; tot això tenint en compte el sexe i l'origen ètnic, les malalties prèvies, l'entorn soci-cultura i educació del menor, la qual cosa requereix una entrevista per professionals que recaptarien les dades rellevants) que permetin confirmar o desmentir l'edat que resulta de la documentació del menor, més enllà de la mera prova mèdica. La determinació de l'edat d'un menor estranger requereix un enfocament multidisciplinari que combini criteris mèdics i no mèdics; així hauria de ser en tots els casos, però, especialment, quan estem davant un menor amb passaport o un altre document equivalent.

El principi de proporcionalitat, que la doctrina del TS obliga a aplicar en el procediment de determinació de l'edat que tramita el Ministeri Fiscal, requereix que els mitjans utilitzats per a desvirtuar la minoria d'edat que resulta del passaport o un altre document equivalent d'identitat siguin proporcionats amb la fi perseguida. En el cas de menors amb documentació vàlida, tenint en compte que, de manera general, no poden ser considerats “indocumentats”, a l'efecte de l'art. 35.3 LOEx, no podrien ser sotmesos a les tradicionals proves radiològiques sense abans recórrer a altres mitjans menys onerosos per a verificar o desmentir l'edat que resulta dels documents aportats. Les tècniques mèdiques que es vénen utilitzant han estat qüestionades pel propi Tribunal Suprem en les Sentències de 23 i 24 de setembre 2014 i 16 de gener 2015, en assenyalar que “en qualsevol cas, ja es tracti de persones documentades com a indocumentades, les tècniques mèdiques, especialment si són invasives, no podran aplicar-se indiscriminadament per a la determinació de l'edat”. La Resolució del Parlament Europeu, de 12 de setembre de 2013, sobre la situació dels menors no acompanyats a la UE (2012/2263(INI), en el punt 15 “*deplora el caràcter inadaptat i intrusiu de les tècniques mèdiques que s'utilitzen per a determinar l'edat en uns certs Estats membres, perquè poden resultar traumatitzant, i la naturalesa controvertida i els grans marges d'error d'alguns d'aquests mètodes basats en la maduresa dels ossos o la mineralització dental*”. Per això, “demana a la Comissió que inclogui en les línies estratègiques normes comunes basades en les millors pràctiques sobre els mètodes de determinació de l'edat, que haurien de basar-se en una avaluació multidimensional i multidisciplinària duta a terme de manera científica, segura, adaptada al nen, al gènere i justa, prestant-se particular atenció a la nenes, per experts i professionals independents i qualificats”. A més a més, recorda que “*la determinació de*

l'edat ha de dur-se a terme respectant adequadament els drets i la integritat física del nen i la dignitat humana i que els menors sempre han de gaudir del benefici del dubte". Finalment, assenyala que "només convé realitzar exàmens després d'esgotats els altres mètodes de determinació de l'edat".

El propi Fiscal General de l'Estat, en la Consulta 1/2009, de 10 de novembre, es refereix expressament al "*principi de proporcionalitat en el judici de ponderació*" (apartat IV) assenyala que "*la desproporció entre la finalitat perseguida i els mitjans emprats per aconseguir-ho pot donar lloc a una valoració negativa des de la perspectiva constitucional quan aquesta falta de proporció implica un sacrifici excessiu i innecessari dels drets que la CE garanteix (STC 49/1999, de 5 d'abril)*". La referida Consulta assenyala que la jurisprudència constitucional ha destacat (SSTC66/1995 i 55/1996) que, per a comprovar si una mesura restrictiva d'un dret fonamental supera el judici de proporcionalitat, és necessari constatar si compleix determinats requisits o condicions; concretament ha de valorar-se si la mesura en qüestió és adequada per aconseguir l'objectiu proposat (judici d'adequació); si, a més a més, resulta necessària, en el sentit que no existeixi una altra mesura més moderada per a la consecució del mateix propòsit amb igual eficàcia; és a dir, el caràcter imprescindible d'aquesta, per no disposar-se d'altres menys lesives i amb igual aptitud per aconseguir la fi proposada (judici de necessitat); i, finalment, ha d'analitzar-se si la mesura és ponderada o equilibrada, per derivar-se d'ella més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre altres béns o valors en conflicte (judici de proporcionalitat en sentit estricte), o dit d'una altra manera, si el sacrifici dels interessos individuals que comporta la ingerència guarda una relació raonable i proporcionada amb la importància de l'interès públic que es tracta de salvaguardar.

Doncs bé, de manera general, no superaria el judici de proporcionalitat la simple realització de les tradicionals proves mèdiques per a determinar l'edat d'un menor estranger no acompanyat proveït de passaport o un altre document equivalent d'identitat vàlidament emès per les autoritats estrangeres, a la vista d'algunes de les circumstàncies previstes en el Capítol II, apartat sisè 2, del Protocol i examinades amb anterioritat. En efecte, d'una banda, la referida mesura no resultaria adequada per aconseguir l'objectiu proposat (judici d'adequació), donada l'escassa fiabilitat de les referides proves (la pròpia comunitat científica reconeix que els marges d'error són significatius). D'altra banda, les tradicionals proves mèdiques no resulten necessàries (judici de necessitat), en el sentit que existeixen altres mesures més moderades per aconseguir conèixer si l'edat que resulta dels documents del menor és la correcta (a través de proves documentals requerides al país emissor i, en el seu cas, una avaluació multidimensional i multidisciplinària duta a terme per experts i professionals qualificats i independents). Finalment, en general, la mesura no resultarà equilibrada, perquè de la mateixa no deriven més beneficis per a l'interès general que perjudicis per a l'interès superior del menor que els poders públics han de preservar i garantir. Per tot l'anterior, només de manera excepcional, el Ministeri Fiscal podria acordar la realització de proves mèdiques per a determinar l'edat d'un menor estranger no acompanyat

proveït de passaport o un altre document equivalent del que resulti la minoria d'edat i que hagués estat vàlidament emès per les autoritats estrangeres del país d'origen o procedència.

En definitiva, en el curs del procediment de determinació de l'edat d'un menor estranger, especialment quan té documents dels es desprèn la seva minoria d'edat, el Ministeri Fiscal haurà de ponderar adequadament les raons per les quals es considera que el document no és fiable i l'oportunitat de promoure la realització de les tradicionals proves mèdiques de determinació de l'edat i, en el seu cas, promoure altres mitjans menys onerosos per a verificar l'edat qüestionada; tal com resulta de les Sentències del TS comentades. Cal a més tenir en compte que la consecució del Decret de Fiscalia que determina la majoria d'edat pot ser el decaïment del procediment de desemparament i tutela administrativa del menor que dicta la DGAIA, però si aquesta determinació de l'edat és incorrecta o s'ha dut a terme sense prou garanties o seguretat, això genera la responsabilitat patrimonial de l'Administració de la Generalitat pels perjudicis causats¹².

D'altra banda, el Protocol no contempla que, al llarg del procediment de determinació de l'edat, el menor pugui actuar assistit per un advocat o una altra persona que li representi, a aquest efecte de garantir els seus drets. No obstant això, la Resolució del Parlament Europeu, de 12 de setembre de 2013, sobre la situació dels menors no acompanyats a la UE (2012/2263/(INI), “exigeix als Estats membres que, tan aviat com arribi un menor no acompanyats al seu territori i fins que es trobi una solució duradora, vetllin per la designació d'un guardià o una persona responsable d'acompanyar, assistir i representar al menor en tots els procediments perquè el menor pugui beneficiar-se de tots els seus drets en tots els procediments, i demana que s'informi sense demora als menors del nomenament de la persona responsable d'ells”. Així mateix, reclama a aquesta persona tingui formació específica en els reptes que afronten els menors, la protecció del nen i els seus drets i la llei d'asil i migració i que actuï amb total independència”. En definitiva, tot això suposa la necessitat que en el curs del procediment de determinació de l'edat el menor estigui assistit d'un advocat amb formació en la matèria. L'Administració autonòmica competent per a assumir la seva tutela no podria actuar amb la “independència” requerida, com del propi contingut del Protocol sobre menors estrangers sols i la pràctica resulta.

El marc normatiu d'intervenció sobre els menors no acompanyats s'organitza entorn a un seguit de disposicions generals i específiques, tant estatals com catalanes, de rang normatiu

¹² En un cas concret, per exemple, la DGAIA havia desplegat l'atenció immediata i havia dictat un amparament preventiu però tot i disposar de passaport, se li van practicar les proves mèdiques d'edat i Fiscalia va decretar la majoria d'edat, resultant tot plegat en qe la DGAIA va deixar d'atendre'l en protecció. Posteriorment, la Sentència del Jutjat Contenciós-Administratiu número 12 de Barcelona va estimar la quantia del perjudici moral per un funcionament anormal de l'Administració: “(...) l'avui demandant va formular reclamació de responsabilitat patrimonial, sense concretar quantia, pels danys morals i de desatenció que, al seu entendre, li hauria ocasionat la Resolució de tancament del seu expedient de protecció per majoria d'edat, dictada per la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (en endavant, DGAIA), en data 13 de novembre de 2009, tot i que al·legava que disposava d'un passaport vàlidament expedient per les autoritats competents de Ghana, que no havia estat impugnat, i d'on es deduïa que la data de majoria d'edat del recurrent era el 15 d'octubre de 2011 (...).

diferent, però que estan supeditades totes elles al principi general de protecció de l'interès superior del menor (art. 11 LOPJM o Llei catalana 14/2010).

De fet, el propi art. 35 LODILE que constitueix la pedra angular sobre la que s'articula el mecanisme d'intervenció i protecció dels menors no acompanyats, reconeix com a punt de partida aquest principi. Aquest precepte reconeix la competència dels serveis de les CCAA per a la protecció del menors no acompanyats, tot establint un procediment de determinació de l'edat si aquesta és dubitada, i la concessió de l'autorització de residència un cop determinada la situació de desemparament i la impossibilitat de repatriació, de conformitat amb l'art 196 REDILE.

Per tal d'assegurar que les diferents administracions intervenen de manera coordinada, l'Estat va adoptar al 2014 un *Protocol Marc sobre determinades actuacions en relació als Menors Estrangers no Acompanyats*¹³, ordena detalladament el procediment d'intervenció i opera a la pràctica com a norma de desenvolupament i coordinació d'allò establert a la llei i el reglament d'estrangeria, imposant obligacions a les administracions autonòmiques, però que per la seva forma i contingut el Tribunal Suprem ha considerat una disposició de caràcter purament interna sense naturalesa de caràcter reglamentari i per tant no susceptible de recurs directe¹⁴. Així i tot, el Protocol a la pràctica acaba determinant el règim d'obtenció de l'autorització de residència, i en darrera instància i per retruc també de l'autorització de treball. En canvi, la normativa actual no conté més que algunes disposicions molt parcials i limitades sobre la transició a l'edat adulta d'aquests menors, mancant una regulació específica de transició jurídica o, com a mínim de mecanismes que facilitin una progressió ordenada entre ambdós règims jurídics, el de menors i el d'estrangeria. Per aquest motiu, fem aquí constant referència a tots dos règims, els de menors i els de joves adults.

3.3.- Repatriació en relació als menors immigrants no acompanyats i acords d'Espanya amb altres països.

La **repatriació** dels menors estrangers que arriben sols a Espanya es una opció contemplada a l'art. 35 (LODILE). Concretament, l'art 35.1 preveu que el Govern ha de promoure l'establiment d'acords de col·laboració amb els països d'origen que contemplin, la prevenció de la immigració irregular, la protecció i el retorn dels menors no acompanyats. Les comunitats autònomes han de ser informades d'esmentats acords. Els arts. 191-195 REDILE estipulen com es posarà en pràctica aquesta mesura, i es diferencien quatre fases: iniciació, instrucció, finalització i execució de la repatriació. D'acord amb l'art. 191.1 la repatriació s'iniciarà d'acord amb la decisió de la Delegació o Subdelegació de Govern, sempre que es consideri que l'interès superior del menor queda satisfet amb el reagrupament amb la família o la seva posada a disposició dels serveis de protecció al seu país d'origen. Així doncs, caldrà promoure la repatriació en els casos establerts en el articles 191 i ss del Reglament. Tanmateix, d'acord amb l'Observació número 6 del Comitè dels Drets dels Infants de les

¹³ *Protocol Marc sobre determinades actuacions en relació als Menors Estrangers no Acompanyats*, BOE núm. 251, de 16 d'octubre de 2014, disponible a [https://www.boe.es/eli/es/res/2014/10/13/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2014/10/13/(2)).

¹⁴ STS 131/2018 (Sala Contenció-administrativa, Secció 3ª Rec. núm. 2289/2016) de 31 de gener de 2018.

Nacions Unides, caldrà valorar, com en qualsevol situació de desemparament, el retorn i per tant, el reintegrament familiar en el marc de l'interès superior del menor.

La decisió sobre la repatriació dels menors correspon a la Delegació o Subdelegació de Govern, que haurà de decidir-la a la vista dels informes de la DGAIA i com a màxim en un termini de nou mesos. Cal recordar aquí que aquest termini de nou mesos és el termini màxim per a documentar el menor, no que aquest tràmit s'iniciï o comenci a comptar un cop transcorreguts nou mesos. En relació al termini de nou mesos per a la documentació dels menors, el Defensor del Pueblo ha recordat que “el límite máximo de nueve meses no es un término a partir del cual presentar la solicitud, como hace Melilla, sino que el plazo para documentar a los menores a disposición de la Administración no está sometido a plazo alguno, ni al cumplimiento de otro requisito que no sea la imposibilidad de repatriación”, un posicionament que indica que aquest és un termini subsidiari i de caràcter temporal però que la condició que activa la obligació de documentar és la impossibilitat de repatriació, de manera que tan aviat com aquesta resulti de les investigacions de l'expedient, caldrà procedir a la documentació del menor. En una línia similar, s'han posicionat els fiscals en diverses ocasions¹⁵. Això no vol dir, que com denuncia el Defensor del Pueblo, aquesta sigui sempre la pràctica, i que exigir a les administracions autonòmiques de protecció a l'autoritat governativa la documentació del menor no sigui sempre fàcil¹⁶.

En tot cas, un cop la repatriació es considera que no és possible, l'Administració estatal haurà d'emetre un permís de residència al menor (art. 196.1 REDILE). La intervenció en aquest àmbit es pot produir en un estadi inicial a través dels serveis de proximitat municipals (educadors socials del carrer, serveis d'atenció primària, etc ..) o la mateixa policia, als quals correspondrà generalment la detecció de menors o els arribarà una denúncia de desprotecció. En aquest sentit, els serveis municipals han de prestar l'assistència inicial d'urgència i posar immediatament la situació en coneixement de la Direcció General d'Atenció a la Infància i Adolescència (DGAIA). En un estat posterior també poden intervenir sobre els menors com a Administració prestador de serveis generals o per delegació de la Generalitat, que manté la tutela. En aquest sentit, els menors tutelats tenen dret a totes les prestacions socials previstes en l'ordenament, per la doble condició de menors i tutelats, als cursos acadèmics que els corresponguin en funció de la seva edat i coneixements (escolarització) amb els ajustos curriculars necessaris per a la seva integració educativa, i posteriorment a accedir a aquelles activitats de formació sociolaboral necessàries per a la seva futura integració laboral. El seguiment amb aprofitament d'aquesta formació pot afavorir la renovació d'un permís de

¹⁵ Trobada de fiscals especialistes en menors i estrangeria d'abril de 2010 “2-1. Las gestiones dirigidas a determinar si es posible la repatriación deberán realizarse con la mayor celeridad. Se considera a tales efectos que un mes es un tiempo prudencial. Pasado dicho plazo, salvo que concurra causa justificada, la Entidad Pública de Protección de Menores debe promover ante las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno la tramitación necesaria para la concesión de la autorización de residencia.”

¹⁶ En aquest sentit, cal recordar d'una banda que l'article 196 REDILE disposa "La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia". I que d'acord amb l'art. 174 Cc, “Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección” i que d'acord amb l'Acord dels fiscals de menors de 2010: “La Sección de Menores de Fiscalía, en su caso, deberá a tales efectos, sin esperar a que se agote el plazo de nueve meses, acudir al procedimiento judicial que corresponda a fin de asegurar el cumplimiento de las funciones legales de la Entidad Pública.”

residència a l'aconseguir la majoria d'edat per part dels ja menors residents o la concessió del primer si no l'haguessin obtingut (arts. 197 i 198 REDILE). Igualment, i sota determinades condicions, a l'aconseguir la majoria d'edat dels menors ex-tutelats poden obtenir fins i tot la nacionalitat.

En aquest sentit, el precepte conté dos apartats inicials sobre la possibilitat d'involucrar els països d'origen tant en les tasques de prevenció, protecció i retorn que porta a terme l'Estat com en les d'integració i intervenció psicosocial sobre el menor que duen a terme les CCAA. La reforma explicita la previsió d'una consulta per part de la delegació o subdelegació de Govern a la representació diplomàtica o consular del país d'origen sobre la situació familiar del menor a efectes de determinar la viabilitat de la repatriació. En el terreny de les garanties jurídiques destaca el reconeixement als menors del dret a que se suspengui el procediment fins al nomenament d'un defensor judicial (art. 35.6 LODILE), d'acord amb la jurisprudència constitucional (STC 184/2008 i 183/2008 de 22 de desembre), i quan es tracti de majors de 16 anys la capacitat d'obrar en els procediments de repatriació i en el contenciós-administratiu consegüent. Amb més precaució s'ha de prendre la previsió legal que permet el traspàs de la custòdia dels menors a entitats especialitzades per a això s'ha d'establir un marc regulador mitjançant la signatura d'un conveni específic amb aquestes entitats. Al marge que aquests convenis i l'activitat administrativa hagi de ser controlada estretament pel Ministeri Fiscal així com per altres òrgans com els defensors autonòmics, aquesta previsió té la virtut d'afavorir la constitució de tuteles més duradores i estables que les administratives, però per això també pot ser més complexa de gestionar en la mesura que la tutela establerta per via civil és més complicada de modificar i adaptar a les vicissituds de menors que poden passar per diverses institucions (o xarxes d'atenció) i perquè els convenis solen tenir caràcter temporal i per la mateixa raó les obligacions derivades dels mateixos. Una avantatge d'aquest mecanisme seria que una vegada declarada la tutela, la mobilitat del menor no hauria de generar noves obligacions de tutela de la resta de CCAA, només de guarda temporal fins a la nova posada a disposició el menor en mans de l'entitat tutelar competent.

Pel que fa a l'**execució de la repatriació**, l'estat espanyol actualment té acords bilaterals de repatriació vigents sobre repatriació de menors amb països com Romania, Senegal i el Marroc, aquest darrer potser és el que major rellevància presenta si tenim en compte les xifres d'arribades de menors. El contingut de l'acord es configura dintre de certs paràmetres conforme als drets, obligacions i garanties previstes en els convenis internacionals subscrits en aquest camp i particularment en la Convenció sobre els Drets dels infants i adolescents, La cooperació internacional figura com a eina principal en les diferents períodes de la migració dels menors: durant la prevenció de les seves migracions, la protecció dels menors un cop arribats a Espanya, així com la repatriació i reinserció en els seus països d'origen.

D'una lectura global del previst en la legislació esmentada, es podria intuir que la voluntat principal del legislador era esgotar totes les mesures possibles per tal d'evitar l'estada i posterior acollida dels menors, voluntat que en la practica, tal i com s'ha pogut demostrar aquests darrers anys, ha sigut gairebé impossible d'implementar per part de l'administració pública i es va optar (o veure's obligada) a donar resposta a l'augment d'arribades de menors sols a territori espanyol.

Des de la doctrina, es fa ressò d'un dret fonamental que incideix o hauria d'incidir al moment de decidir sobre la repatriació d'un menor, es tracta del dret a ser escoltat sobretot si son menors amb prou coneixement i establir un tràmit específic en el procediment per a l'audiència a el menor previst al art. 12 de la Convenció sobre els Drets dels Infants i Adolescents i en l'Observació General no. 12 del Comitè dels Drets de l'Infant de 2009 referent a el dret de l'infant a ser escoltat. Ara bé, a inicis dels anys 2000, es denunciava la violació a aquest principi en els informes del Defensor del Poble els quals es referien a l'absència de garanties detectades en les repatriacions que es realitzaven amb menors estrangers des de Melilla al Marroc. En l'informe corresponent a l'any 2001, Arce Jiménez recorda que ja s'alertava sobre la falta de constància en els expedients examinats d'estudi individualitzat de la situació sociofamiliar del menor i de l'existència de models normalitzats i col·lectius en què la Delegació de Govern de la esmentada ciutat autònoma, mitjançant resolució col·lectiva, establia que "la mesura de reintegració familiar és la procedent a l'ésser l'entorn familiar el millor per al desenvolupament dels menors. Mateixa situació es va produir a Madrid en l'any 2005. A través d'aquesta practica, segons l'autora, es podien analitzar vulneracions de drets bàsics, no només del dret a ser escoltat dels menors estrangers que durant diversos anys van ser sotmesos a procediments de repatriació absents de les garanties més bàsiques.

Davant d'aquesta situació conjuntament amb la jurisprudència nacional i europea es que s'introdueixin canvis tant a la Llei d'estrangeria com al seu Reglament als articles prèviament esmentats. Aquests canvis, segons Ruiz Legazpi, suposen indicis de que: *"...hay determinados aspectos que, ...inducen a desconfiar de las intenciones del legislador, toda vez que alberga una ligera tendencia a la asimilación entre el régimen jurídico de los adultos (expulsión) y el de los menores (repatriación)...denota una identificación del interés superior del menor con la vuelta a su país y a su entorno familiar que, si bien puede considerarse justificado jurídicamente no está exenta de problemas. La eficacia es uno de ellos...la repatriación puede ser entendida como una oculta intención de fomentar la salida del país del menor sin tener en cuenta las implicaciones y dificultades inherentes a una medida que, conforme a su definición legal, persigue proteger al menor recolocándolo con su familia, ... Lo que supone una ampliación encubierta del ámbito objetivo de la repatriación porque, en definitiva, ya no sólo se repatria para reunir al menor con su familia, sino que basta con entregarlo a un centro de protección de menores. La posibilidad de que la repatriación se efectúe para colocar al menor en los servicios de protección del país de origen supone un riesgo evidente de que la misma se aleje de la finalidad de reagrupación familiar..."*

Les realitats socials dels països d'origen són difícils, fins al punt que la mateixa família o el propi entorn puguin participar activament en el projecte migratori del jove. En aquest sentit, els acords son un instrument per a materialitzar la col·laboració entre les Administracions i els països d'origen, alhora que es permeten també que les pròpies Comunitats Autònomes signin acords, que en alguns casos han permès la construcció de centres de protecció a origen.

3.4.- Atenció immediata, declaració de desprotecció i tutela i residència legal dels menors desemparats

3.4.1.- Atenció immediata i declaració de desprotecció i tutela: els efectes del retard en la declaració de desprotecció i desemparament”

El deure general de l'atenció immediata dels infants i els adolescents en situació de risc o desemparament és un deure jurídic, social i humanitari de totes les Administracions Públiques i en particular, de l'òrgan competent de protecció de la infància i l'adolescència de Catalunya és en l'actualitat la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIA).

El deure implica l'obligació d'atendre les necessitats bàsiques dels infants i els adolescents des del mateix moment en que qualsevol persona o autoritat els posa a disposició de l'entitat protectora, o ho fa el menor d'edat pels seus propis mitjans. En el moment que l'Administració competent tingui coneixement de la possible existència d'un menor desemparat, ha de procedir a incoar l'oportú procediment administratiu tendent a verificar la referida situació per, si escau, declarar el desemparament i, assumir la tutela, i adoptar les oportunes mesures de protecció¹⁷.

Amb anterioritat a l'acord d'iniciació, l'Administració podria obrir un període d'informació prèvia a fi de conèixer les circumstàncies del menor i la conveniència d'iniciar o no el procediment. Ara bé, en tot cas, l'Administració que tingui coneixement de la situació haurà d'intervenir de forma immediata i adoptar les necessàries mesures de protecció quan detecti una situació de risc greu per al menor o quan concorri alguna circumstància que fes aconsellable una actuació urgent.

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, disposa en el seu art. 14, sota el títol Atenció immediata, que les autoritats i serveis públics tenen l'obligació de prestar l'atenció immediata que necessiti qualsevol menor.

Així, per a aquells casos que la situació del menor faci necessària una intervenció administrativa immediata, **alguns legisladors autonòmics han previst que amb caràcter urgent es puguin adoptar mesures provisionals protectores**, de forma paral·lela a al procés de valoració de les circumstàncies del menor i fins i tot abans d'iniciar-se el

¹⁷ En el cas que l'Administració autonòmica resolgués que la situació del menor no és de desemparament, però en el curs del procediment s'haguessin detectat l'existència de factors de risc, ha de traslladar l'expedient a l'Administració competent per actuar en situacions de risc -generalment la local- per tal que s'adoptin mesures dirigides a neutralitzar els factors de risc en l'entorn sociofamiliar.

procediment¹⁸. En efecte, certes lleis autonòmiques¹⁹, han facultat a l'Administració competent per declarar de manera provisional el desemparament del menor, sense necessitat de tramitar el procediment ordinari, en tant es verifica el desemparament, declaració que es pot fer en qualsevol moment del procediment abans de la seva finalització.

A Catalunya el desemparament preventiu es regula expressament a l'article 110 de la Llei 10/2014, de 27 de maig, de Drets i Oportunitats de la Infància i Adolescència (LDOIA), en el marc de les mesures cautelars. El propi text de l'esmentat article lliga la seva aplicació justament a supòsits on hi hagi una separació del nucli familiar, sense especificar més enllà. Així doncs, tot i que no s'especifica, no sembla que la previsió legislativa estigui pensada per ser aplicada als casos de menors immigrants no acompanyats, doncs justament aquests són regulats específicament en un apartat precedent del precepte:

“(...) L'òrgan competent de la Generalitat en matèria de protecció dels infants i els adolescents, els serveis socials especialitzats i el serveis socials bàsics tenen l'obligació de prestar l'atenció immediata que necessiti qualsevol infant o adolescent, en funció de llur competència.

2. Quan els infants i els adolescents immigrants no acompanyats no puguin acreditar documentalment la minoria d'edat o es tingui dubtes sobre la veracitat de la documentació aportada, el departament competent en matèria de protecció dels infants i els adolescents els ha d'oferir l'atenció immediata que necessitin mentre es fan les gestions i els tràmits establerts per la legislació sobre estrangeria per a determinar-ne l'edat.

3. Quan existeixi una situació de perill per a l'infant o l'adolescent, o concorri qualsevol altra causa que exigeixi una intervenció urgent i que faci necessària la separació del nucli familiar, l'organisme competent ha de declarar preventivament el desemparament mitjançant resolució motivada i ha d'aplicar les mesures que calguin, amb les notificacions establertes per l'article 108. Simultàniament, en el cas de no haver-ho fet abans, ha d'iniciar el procediment de desemparament, que ha de seguir els seus tràmits fins a la resolució definitiva que ratifiqui, modifiqui o deixi sense efecte la resolució de desemparament i les mesures provisionalment acordades (...).”

¹⁸ Així, per exemple, la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància, disposa en el seu art. 62 que “1. Cuando, de la primera información disponible o a resultados de lo concluido en las comprobaciones iniciales e investigación previa, se constate la *situación crítica* en la que se encuentra el menor, se considere la existencia de un *riesgo grave e inminente* para su integridad física o psíquica o se deduzca la necesidad de una *intervención sin demora*, se procederá a la urgente adopción de un *plan de urgencia* que integrará cuantas medidas cautelares sean precisas, disponiéndose para ello la tramitación de un *procedimiento abreviado y sumario*”. I l'apartat 2 del mateix precepte estableix que la obstaculització per los responsables del menor de esas primeras actuaciones de averiguación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando tales comportamientos pongan en riesgo la seguridad de éste, así como la negativa a participar en la ejecución de las medidas acordadas para las situaciones de desprotección, cuando ello propicie su persistencia, cronificación o agravamiento, podrá fundamentar la declaración formal de la situación de desamparo mediante el referido procedimiento abreviado sumario”. Segons l'apartat 3, verificadas la existencia y entidad de alguna de las circunstancias descritas en los dos apartados anteriores o la necesidad de una intervención sin dilaciones, se dictará Resolución motivada por escrito, declarando, en su caso, la situación de desamparo y acordando la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”. I per últim, l'apartat 4 disposa que la tramitación continuará después... a fin de completar la instrucción, confirmar la condición de desamparo o declarar la extinción de la tutela inicialmente constituida”.

¹⁹ Aquest seria el camí establert per la Llei de Canarias 1 / 1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 48.4); la Llei de la Comunitat de Múrcia 3/1995, de 21 de març, de la Infància (art. 24.2); la Llei de la Rioja 1/2006, de 28 de febrer, de protecció de menors (arts. 34 i 53); el); i el Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, de règim de desemparament, tutela i guarda administrativa (arts. 32 i 33).

Acreditada la impossibilitat de retorn del menor amb la seva família o al país d'origen es procedirà a l'atorgament de l'autorització de residència, o bé “*en todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores*” (Art. 196.1 del Reglament), requisit que es podria entendre's complert no només quan s'hagi acordat la repatriació del menor i aquesta no s'hagi pogut executar com preveu l'article 196.1 del Reglament, sinó també quan s'hagi resolt la permanència d'aquell a Espanya, una vegada valorades les circumstàncies concurrents.

3.4.2. Tramitació de l'autorització de residència dels menors no acompanyats i la seva renovació com a menor

Hem vist com la decisió de repatriació o d'impossibilitat o renúncia a la mateixa, correspon a la Delegació o Sotsdelegació del Govern dins el procediment establert als arts. 190 i ss. REDILE en tant que representant de l'Estat central al territori. Acreditada la impossibilitat de repatriació, i en tot cas un cop transcorreguts nou mesos des de la intervenció dels serveis autonòmics de protecció del menor, l'art. 196 REDILE estableix que d'ofici, per ordre superior o a instància de part l'Oficina d'Estrangeria de la Delegació o Sotsdelegació, iniciarà la tramitació del procediment relatiu a l'autorització de residència. Així i tot, com hem apuntat abans encara que l'Estat concedeixi el permís de residència a el menor i opti pel procés de tutela i no la repatriació, estarà legitimat per a qualsevol moment, d'acord amb l'article 35.4 LODILE, dur a terme la repatriació sempre que aquesta respongui a l'interès superior del menor .

Però, com diem, un cop esdevingui evident la impossibilitat de la repatriació del menor al seu país d'origen o quan es descarti aquesta per motius relacionats amb l'interès superior del menor, caldrà procedir a tramitar un permís de residència a favor del menor. I mentre aquesta autorització no s'expedeixi el menor estranger gaudirà de tots els drets que l'ordenament jurídic li atribueix. L'Administració de l'Estat pot iniciar el procediment relatiu a l'autorització de residència, d'ofici, per ordre superior o a instància de part (art. 196.2 del REDILE). En quant a la legitimació per a instar de la concessió de l'autorització de residència per al menor, s'atribueix per la Llei d'Estrangeria a la pròpia entitat pública que exerceix la tutela, sense perjudici de la que puguin tenir altres persones en funció dels criteris del procediment administratiu. De fet, com apunten els arts 35.7 a 35.9 LODILE la permanència de qualsevol menor estranger no acompanyat que sigui tutelat a Espanya per una Administració pública o per una resolució judicial de qualsevol altra entitat es considera com a residència regular a tots els efectes. En tot cas, l'autorització de residència corresponent als menors opera retroactivament, en la mesura en que com disposa l'article 35.7 LODILE, un cop concedida, els seus efectes es retrotrauran al moment en que el menor fou identificat pels serveis de protecció de menors; previsió de gran rellevància a efectes de facilitar la integració del menor al nostre país, i per a la ulterior concessió de l'autorització de residència de llarga durada o de la nacionalitat espanyola.

La vigència de l'autorització serà d'un any i es renovarà per períodes d'un sol any, excepte que correspongui ja una autorització de residència de llarga durada. Una vegada que obtenen l'autorització de residència, els menors gaudeixen d'un accés preferencial -és a dir,

determinat per la *no* consideració de la situació nacional de treball (SNE)- a una autorització de treball tal i com estableix l'40.i) LODILE que inclou entre els subjectes amb dret a obtenir autorització de treball sense tenir en compte la situació nacional de treball als “*menors estrangers en edat laboral amb autorització de residència que siguin tutelats per l'entitat de protecció de menors competent, per a aquelles activitats que, a criteri de la mencionada edat, afavoreixin la seva integració social, i una vegada acreditada la impossibilitat de retorn amb la seva família o al país d'origen*”. Més encara, la reforma de la LO 2/2009 va anar més enllà en establir al nou art. 41.j) LODILE que els menors tutelats no necessiten autorització de treball per a treballar.

Finalment, d'acord amb l'article 35.9 de la vigent Llei d'Estrangeria “*reglamentàriament es determinaran les condicions que hauran de complir els menors tutelats que disposin d'autorització de residència i arribin a la majoria d'edat per a renovar l'autorització o accedir a una autorització de residència i treball tenint en compte, en tot cas, els informes positius que, a aquests efectes, puguin presentar les entitats públiques competents referits al seu esforç d'integració, la continuïtat de la formació o estudis que s'estiguessin realitzant, així com la seva incorporació, efectiva o potencial, al mercat de treball. Les Comunitats Autònomes desenvoluparan les polítiques necessàries per a possibilitar la inserció dels menors en el mercat laboral quan arribin a la majoria d'edat*”. Aquesta possibilitat ha estat desenvolupada pels arts. 197 i 198 REDILE que atenuen alguns dels requisits generals d'obtenció del permís de residència per als adults estrangers.

En l'apartat dedicat als problemes el règim d'accés dels menors i joves a la educació i formació amb finalitat d'inserció laboral revisarem algunes de les previsions aquí molt succintament descrites per tal d'assenyalar un seguit de deficiències que presenta l'actual legislació..

4. Accés dels menors i joves estrangers no acompanyats al sistema educatiu i de formació per a l'ocupació.

Presentats ja els aspectes principals del règim jurídic dels menors i joves estrangers no acompanyats, val la pena centrar l'atenció en el seu **dret a la educació i eventualment a la formació laboral**, i com aquestes poden incrementar les seves **possibilitats d'incorporació al mercat laboral espanyol**, intentant contextualitzar les previsions normatives amb la realitat pràctica.

4.1.- El dret a la educació dels menors i joves estrangers

El dret fonamental a l'educació està reconegut a l'article 27 de la CE que estableix que “Tots tenen el dret a la educació. Es reconeix la llibertat d'ensenyament. Com a tal dret ha estat objecte d'un ampli desplaçament legislatiu tant per l'Estat com per les CCAA.

Tot i la previsió constitucional, la titularitat del dret a la educació per part dels estrangers ha estat matèria objecte de debat legal i constitucional. Concretament, el dret a l'educació ha

estat regulat a l'article 9 de la LODILE que en la seva redacció originària va limitar aquest dret als menors de divuit anys pel que feia a la educació postobligatòria, una redacció que va ser objecte de diversos recursos d'inconstitucionalitat, entre ells un interposat pel Parlament de Navarra argumentant que aquesta limitació vulnerava allò establert a l'article 27 en relació amb l'apartat quart de l'article 39 CE relatiu als tractats internacionals. La Sentència 236/2007, de 7 de novembre²⁰, del Tribunal Constitucional va afirmar que l'exclusió de l'ensenyament secundari postobligatori (que segons la llei orgànica d'educació incloïa: "...constituyen la educación secundaria postobligatoria el bachillerato, la formación profesional de grado medio...") a aquells estrangers que no gaudissin de la condició de residents a Espanya era inconstitucional, doncs el dret a la educació s'ha d'interpretar a la vista de les disposicions internacionals de Drets Humans, entre les que trobem la Declaració Universal dels Drets Humans o la Convenció universal de Drets de l'Infant²¹, que donen contingut al mandat de l'art. 27 CE. Per tant el dret a la educació inclou no només l'educació bàsica (és a dir, educació primària i educació secundària obligatòria), sinó també l'ensenyança no obligatòria de la qual no poden ser privats els estrangers que es trobin a Espanya i no tinguin autorització de residència. En tot cas, tal com afirma el TC, l'accés a l'educació post obligatòria pot sotmetre's als requisits de mèrit i capacitat però no a altres condicions com la situació administrativa del menor.

L'art. 9 LODILE, en la seva redacció donada per la LO 2/2009 va incorporar la doctrina de la STC 236/2007 tot reconeixent els menors de divuit anys a l'accés a l'educació bàsica, obligatòria i gratuïta. El text de la llei aprovat després d'aquesta sentència i actualment vigent diu així:

Artículo 9. Derecho a la educación.

1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria.

Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.

²⁰ Sentència del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de novembre de 2007, FJ 8è (recurs d'inconstitucionalitat 1707-2001). Disponible a <http://hj.tribunalconstitucional.es/ES/Resolucion/Show/6203>.

²¹ DUDH "1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos". Convenció Universal dels Drets de l'Infant de Nacions Unides "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria..."

4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración.

D'acord amb el primer apartat els menors estrangers podran accedir fins als divuit anys a les etapes postobligatòries, i si són residents regulars el segon apartat permet la continuació dels seus estudis després d'arribar a la majoria d'edat en igualtat de condicions amb els nacionals, que inclouen l'educació postobligatòria reglada (Batxillerat i FP de grau mitjà) però també l'educació no reglada (com les escoles de Segona Oportunitat o les Escoles Ocupacionals) orientada a ampliar coneixements o accedir a determinades ocupacions que ara s'analitzaran.

Qüestió complexa i diferent és si a *sensu contrario* de l'art. 9.2 LODILE es deriva una completa exclusió o prohibició d'accés dels majors d'edat en situació irregular als trams educatiu-formatius postobligatoris. Sobre aquest punt cal assenyalar que l'art. 9.2 LODILE estableix una restricció a la titularitat d'un dret fonamental que el Tribunal Constitucional no va qüestionar a la seva STC 236/2007, i per tant que podem considerar una exclusió justificada dels estrangers irregulars de la titularitat d'aquest dret. La qüestió és si la resta d'Administracions amb competència sobre aquesta matèria poden complementar, i concretament, ampliar l'accés a l'educació dels adults. La resposta que en l'àmbit de l'accés als serveis de salut ens dona les SSTC 139/2016 i 17/2018 (amb quatre vots particulars aquesta darrera) sembla apuntar en sentit negatiu: donat el caràcter de norma bàsica del precepte estatal no s'admeten modificacions ni alteracions dels elements essencials de la titularitat d'aquest dret, ni reduccions ni ampliacions per tant, plantejament fàcilment traslladable al cas que aquí ens ocupa però en matèria educativa. Ara bé, a diferència de les actuacions autonòmiques d'ampliació de l'accés a la salut dels estrangers irregulars (en aquell moment exclosa pel Decret-llei 16/2012), no ens trobem en aquest àmbit desprovistos de clàusules al propi art. 9 LODILE que operen una apertura interpretativa del precepte, així per exemple i de manera expressa, l'apartat 3 que anima als poders públics a promoure aquells ensenyaments que millorin la integració social dels estrangers. En aquest sentit, seria possible sostenir sobre la base d'aquest precepte que defineix la possibilitat que les Administracions facilitin als estrangers irregulars l'accés a la educació si això afavoreix la seva integració i a més no es configura com part d'un dret fonamental i per tant exigible. En aquest sentit, seria possible sostenir que respectant el marc legislatiu estatal d'educació i d'estrangeria, les Comunitats Autònomes establissin programes dirigits al col·lectiu de joves entre 18-21 anys per tal de facilitar-los l'accés a la educació, especialment si és la post-obligatoria o la no reglada, per a facilitar-ne la seva millor integració social. En aquest sentit també, la STC 87/2017 oferia una major cobertura si l'enfocament d'aquests programes es situa més aviat que sota l'àmbit educatiu sota el més ampli de les prestacions socials, on les CCAA gaudeixen d'un espai competencial més ampli.

En el context dels menors i joves estrangers, com es pot imaginar, els itineraris educatiu-formatius postobligatoris tenen una importància cabdal, com a recurs fonamental tant per menors escolaritzats des d'edats més primerenques en el nostre sistema educatiu com per a aquells integrats en el mateix poc abans d'arribar a l'edat de setze anys. Entre aquest segon grup, i en menor mesura també en el primer, abunden els menors que no tenen permís de residència per trobar-se el mateix en tramitació. El risc d'aquest brevíssim pas pel sistema

educatiu obligatori és que això redueixi les seves ja difícils possibilitats d'incorporar-se adequadament al mercat laboral, tant per la seva manca de qualificació laboral, com en alguns casos per la condició irregular de la seva estada o la manca d'autorització laboral, absolutament necessària per poder mantenir la residència legal a l'arribar a la majoria d'edat, i eludir el binomi irregularitat-expulsió. D'aquí que resulti evident la necessitat d'establir mesures específiques que assegurin la integració sociolaboral del col·lectiu i que evitin la seva cronificació al carrer o als centres de protecció sense ocupació alguna, o fins i tot en treballs de escassíssima qualificació.

A aquesta integració sociolaboral dels joves estrangers poden contribuir decisivament algunes mesures adoptades ja, com la flexibilització del sistema educatiu-formatiu operada després de les reformes legals d'ara fa una dècada, o el reconeixement de l'accés dels estrangers regulars a la "formació de oferta" laboral, així com el reconeixement del seu dret a accedir amb independència de la seva situació administrativa regular o irregular a l'educació post-obligatòria, tant reglada com no reglada.

4.2.- Accés dels menors i joves estrangers a la educació reglada: la ESO, el Batxillerat i la FP

En el marc de l'Educació Secundària Obligatòria es preveu la possibilitat d'introduir a partir de tercer curs d'ESO, i prèvia avaluació individualitzada de l'alumne per al que s'estimi necessària, una diversificació curricular de manera que els objectius de l'etapa es puguin assolir amb una organització diferent dels continguts, activitats pràctiques i matèries, diferent de la generalment establerta, però per tal d'obtenir el títol de Graduat en ESO (art. 27 de la *Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'Educació –LOE–*, modificada, també en aquest precepte, per la *Llei Orgànica 3/2020, de 29 de desembre*). El nou precepte ja reformat fa especial émfasi en el sentit que els citats programes de diversificació curricular estaran orientats a la consecució del títol de Graduat en ESO, per part dels qui presenten dificultats rellevants d'aprenentatge després d'haver rebut, en el seu cas, mesures de suport en el primer o segon curs, o als qui aquesta mesura d'atenció a la diversitat els hi sigui beneficiós o favorable per a l'obtenció del títol. D'altra banda, en finalitzar el segon curs, els qui no estiguin en condicions de promocionar a tercer podran incorporar-se, una vegada escoltat el propi alumne o alumna i els seus pares, mares o tutors legals, a un programa de diversificació curricular, després de l'oportuna avaluació.

No obstant això, interessa aquí subratllar la possibilitat que per a alumnes amb necessitats especials i greu dificultat per seguir els dos últims cursos d'ESO, es flexibilitzin els itineraris educatius i la seva avaluació es realitzi sobre el programa elaborat de manera específica per al seu cas (art. 28.9 LOE). Aquest alumnat podrà, a més, per les seves característiques acollir-se també als Programes de Formació i Inserció (PFI) a partir dels setze anys, si malgrat tot no obtinguessin el títol de Graduat d'ESO. El desenvolupament d'aquesta normativa correspon a les Comunitats Autònomes, com més endavant veurem.

Cal senyalar, però, que tot i que la Llei Orgànica d'Educació (d'ara endavant LOE²²) estableix que l'escolarització obligatòria arriba fins als setze anys, el Síndic ha detectat casos de menors immigrants no acompanyats sense escolaritzar. I per aquells que estan escolaritzats, ha apuntat les notables dificultats que es troben per obtenir el graduat escolar al final de la ESO, en gran part per la seva integració tardana al sistema educatiu²³.

Després de la ESO, el **batxillerat** és una de les possibilitats que ofereix als menors el sistema educatiu, però es tracta ja d'un itinerari formatiu de caràcter no obligatori. Per poder cursar el batxillerat és necessari complir alguns requisits: primer, tenir un mínim de 16 anys; segon, presentar un seguit de documents que en el cas dels menors estrangers extracomunitaris seran el NIE²⁴ (número d'identificació estranger), l'original i la fotocòpia, i també el document d'identitat de la persona o entitat que n'ostenta la pàtria potestat o la tutela (i/o guàrdia o custòdia); tercer, disposar del títol de graduat escolar a la ESO o equivalent de l'àmbit esportiu o d'arts plàstiques i disseny. A més, com sempre en l'aprenentatge d'un idioma aliè pot suposar una dificultat afegida pels menors estrangers per accedir al Batxillerat si bé en aquells casos en què l'alumne que s'incorpora no conegui una de les dues llengües oficials, és a dir, el català o el castellà, té dret a rebre un suport lingüístic per part del centre educatiu.

A la pràctica, pels menors incorporats a una edat més tardana, el requisit del Graduat escolar és el més difícil d'assolir per a cursar el batxillerat perquè el seguiment dels darrers cursos de la ESO requereix unes habilitats i uns coneixements relativament sòlids que no es poden adquirir en poc temps si no amb un seguit continuat com a mínim dels dos o tres darrers cursos de la ESO. En conseqüència, l'accés al Batxillerat per part dels menors estrangers és una possibilitat a la pràctica relativament excepcional, moltes vegades tampoc és l'objectiu principal dels menors; el Batxillerat és un itinerari educatiu pensat pels menors i joves que volen continuar estudiant i arribar a tenir uns estudis superiors i qualificats, i que no permet un accés immediat a la residència ni al mercat laboral. I en tot cas, quan els menors estrangers assoleixen els 18 anys el sistema els empeny a haver de incorporar-se al mercat de treball per tal de poder mantenir la residència regular, cosa que esdevé complexa de compatibilitzar amb els estudis de Batxillerat.

La **Formació Professional (FP)** és el conjunt d'activitat formatives i professionals dirigides a encaminar la persona a adquirir els coneixements teòrics i pràctics necessaris per accedir el món laboral²⁵. La FP constitueix el conjunt d'estudis professionals que intenten donar

²² Recordem que la Llei Orgànica d'Educació ha estat reformada en diverses ocasions, la darrera per la *Ley Orgànica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgànica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* (BOE núm. 340 de 30 de desembre).

²³ Síndic. El Defensor de les persones. Resum executiu. La situació dels infants migrants sense referents familiars a Catalunya [en línia]. <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/5631/Resum%20executiu%20Informe%20MENA_catala.pdf>. Pàg. 16.

²⁴ Els menors estrangers que es troben sota la protecció de l'Administració podran accedir-hi si són tutelats i/o residents, doncs la seva documentació ja haurà estat tramitada a impuls de la persona o institució que actuï com a tutora.

²⁵ L'estructura de la Formació Professional Educativa (FP o FPE) implicaria una descripció que excedeix l'àmbit d'aquest treball, n'hi ha prou aquí assenyalar que aquesta nova estructura arrenca del capítol V LOE que contempla la FPE o FP reglada, configurant-a partir d'itineraris especialitzats professionalment i estructurats en diversos nivells o graus (inicial, mitjà i superior), que es corresponen amb els certificats professionals o titulacions recollides en el Catàleg Nacional per exercir diversos oficis. La FPE constitueix, per tant, un itinerari

resposta a la necessitat de personal qualificat en els diferents sectors professionals del mercat laboral. L'objectiu de la FP és oferir una formació al llarg de la vida adaptada a les necessitats canviants del mercat laboral. De fet, l'article 12 de la *Llei Orgànica 5/2002, de 19 de juny, relativa a les Qualificacions i la Formació Professional (LOQPF)*²⁶ ofereix programes formatius adaptats a grups amb especials dificultats d'integració laboral amb la finalitat de facilitar-ne la seva integració social a través d'ofertes que permetin afavorir l'adquisició de capacitats en un procés de formació al llarg de la vida. Les administracions públiques disposen per aquest motiu d'opcions clau per tal d'adaptar les ofertes formatives a les necessitats de cada jove. En aquest sentit, la FP ha estat dotada al llarg de la darrera dècada d'una notable flexibilitat que es tradueix en la possibilitat de cursar diferents itineraris formatius. Interessant aquí valorar quines opcions ofereix als menors estrangers de formar-se mentre s'insereixen ràpidament al mercat laboral, cal tenir en compte els requisits d'accés, la seva estructura i les possibilitats d'accedir ràpidament al mercat laboral.

Els cicles de Formació Professional Bàsica estan dirigits a menors i joves que no han acabat la ESO però volen continuar amb el camí de la Formació Professional. La primera avantatge que ofereix és que els mateixos formen part de l'educació reglada, gratuïta i obligatòria i l'edat mínima per accedir-hi és de 15 anys. La seva duració és d'uns dos anys, raó per la qual resulten particularment idonis per a menors estrangers de 15 i 16 anys (encara que hi poden accedir fins als 18 anys), doncs en aquest temps els permetrà disposar d'un títol de FP bàsica i buscar feina per a quan arribin als 18 anys. I a més és una educació que s'ofereix a tots els menors amb independència de la seva situació administrativa, és a dir, si compten o no amb l'autorització de residència. Finalment, cal tenir en compte que la superació dels cicles de la FP bàsica com també la ESO, permet accedir als següents graus de la FP, els cicles formatiu mitjà i el cicle formatiu superior, que generalment disposen d'una oferta relativament ampla d'horaris i ritmes de formació per maximitzar les opcions d'aprenentatge.

El cicle *formatiu de grau mitjà* té una durada màxima de 600 hores i la superació del mateix implica la obtenció del títol de tècnic. A aquesta formació s'hi pot accedir de manera directa sempre i quan es tingui algun dels títols que estableix l'article 41.2 LOE (graduat ESO, FP bàsica o la superació d'un curs específic de formació per a l'accés a la FP de grau mig) o de

directe per a l'obtenció d'aquests certificats professionals encara que no l'únic, ja que el títol II LOQFP reconeix que la Formació Professional inclou altres accions formatives que capaciten per al desenvolupament qualificat de les diverses professions, la regulació de les quals ha estat adoptada per les CCAA.

En tot cas, l'evolució cap a un sistema formatiu més obert suposa una major orientació cap al mercat laboral i en concret cap a les empreses, però també un coneixement del paper que una pluralitat d'agents, públics i privats, estan jugant ja en l'àmbit educatiu -formatiu (Administracions públiques de diferents nivells, centres privats, acadèmies, empreses, entitats sense ànim de lucre, etc ..). Per a això, la Formació Professional tradicional i de caràcter reglat ha de deixar de ser l'única via per a l'obtenció de determinats títols professionals, que poden adquirir també mitjançant l'experiència laboral o altres itineraris formatius no reglats, sempre que aquestes competències puguin acreditar-se i provar-se. Amb aquesta finalitat s'ha instaurat com a epicentre del Sistema Nacional de Qualificació i Formació Professional el Catàleg Nacional de Qualificacions Professionals. El Sistema Nacional de Qualificació i Formació Professional inclou el conjunt d'instruments i accions necessaris per a promoure i desenvolupar la integració de les ofertes de la Formació Professional, i es vehicula a través d'un llistat que inclou tot l'espectre d'ocupacions professionals organitzades per àmbits de coneixement i competències, que anomena Catàleg Nacional de Qualificacions professionals, per la qual cosa el Sistema estableix mecanismes d'avaluació i acreditació de les corresponents competències professionals (art. 2 LOCFP).

²⁶ Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, disponible a <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-12018>

manera indirecta, mitjançant la superació de la prova d'accés al grau. Respecte de la prova d'accés és necessari tenir com a mínim 17 anys complerts en el moment de realitzar-la i té per finalitat acreditar que el jove té les capacitats, els coneixements i les habilitats suficients per cursar degudament el cicle formatiu pel qual opta, així com el domini suficient de les llengües oficials per cursar amb aprofitament aquest ensenyament. Pel que fa als "cursos específics de preparació de la prova d'accés a la FP grau mig" previstos a l'art. 41.2.d LOE com a via alternativa d'accés sense titulació educativa a la FP,

El *cicle de FP grau superior*, per la seva banda, també estableix una sèrie de requisits: estar en possessió del títol de batxillerat, el títol de tècnic de formació professional o haver superat la prova d'accés al grau, que únicament poden realitzar aquelles persones que com a mínim tinguin 19 anys. A més del requisit de la llengua i de disposar de titulació prèvia, la situació administrativa és rellevant, doncs ja no és educació obligatòria ni gratuïta i ja no són menors, per tant, en principi l'art. 9.2 LODILE només reconeix aquest dret als residents regulars, a reserva del que s'apuntarà més endavant. A banda, la duració mínima dels cursos és de 700 hores, i per a la matrícula s'ha de pagar un determinat import. Cal no oblidar que, tant pels de grau mig com pels de grau superior, la llei estableix que en el cas que les places ofertes estiguessin per sota de la demanda l'admissió "ha d'atendre exclusivament l'expedient acadèmic dels alumnes, amb independència que aquests procedeixin del mateix centre o d'un altre de diferent", cosa que pot situar als joves estrangers en una situació de desavantatge.

Una figura sorgida de la necessitat de compatibilitzar aprenentatge i accés al mercat laboral, l'ofereix la *FP dual*. Aquesta nova modalitat de formació professional permet combinar els processos d'ensenyament i aprenentatge al centre de formació i a la empresa, en règim d'alternància. La idea és que les empreses (incloses les empreses socials) puguin donar suport a nous mòduls d'organització de la FP junt amb els centres i les administracions autonòmiques²⁷. A Catalunya, sembla que l'organització dels centres de formació professional i l'estructura modular dels continguts dels cicles formatius permet una certa flexibilitat i adaptabilitat a les necessitats de formació i ofereix la possibilitat d'adquirir les competències necessàries tant a les aules i tallers dels centres com a les instal·lacions de les pròpies empreses. En el marc de la FP dual o en alternança, els arts. 53 a 55 *Decret 284/2011 d'1 de març d'ordenació general de la formació professional inicial* (i l'art. 4.3 *Resolució ENS/1204/2012 de 25 de maig d'organització de la formació en alternança en els ensenyaments de formació professional inicial*) preveuen la oferta d'unitats formatives o mòduls professionals del cicle formatiu a col·lectius singulars, que inclouen alumnes amb dificultats o risc d'exclusió social per tal d'atendre les seves necessitats d'inserció laboral, i que aquesta oferta podrà realitzar-se a iniciativa de qualsevol administració, empresa o associació fins i tot essent impartits als centres de la seva dependència, amb una duració determinada i no superior a quatre anys o cursos acadèmics. Els criteris de prioritat i desempat es fixen en funció de les característiques del col·lectiu al qual s'adreça i les seves especials necessitats educatives.

²⁷ Real Decret 1529/2012 de 8 de novembre pel qual es desenvolupa el contracte per a la formació i l'aprenentatge i s'estableixen les bases de la Formació professional Dual i l'Ordre ESS/2517/2013 de 26 de desembre que regula els aspectes formatius del contracte per a la formació i l'aprenentatge, en desenvolupament del RD 1529/2012.

En resum, generalment accedir al Batxillerat és força difícil per als menors estrangers sota protecció, doncs obtenir el graduat escolar no és fàcil si s'incorporen molt tardanament a la ESO, i si bé la FP pot ser més accessible doncs no requereix el graduat escolar i els requisits són més flexibles (15-17 anys, haver cursat tercer curs d'ESO o excepcionalment només segon però comptar amb una recomanació del cos docent de la ESO i autorització dels tutors legals), tampoc serà gens fàcil accedir a la FP si no porten prou temps a Catalunya tot i la urgent necessitat d'aquest tipus d'intervenció. D'altra banda, si poden accedir a la FP bàsica i de grau mig, encara podrien sorgir dos tipus de problemes: primer, la necessitat de realitzar pràctiques formatives el règim de les quals ha generat notable confusió a la pràctica (s'analitzarà més endavant); i segon, el problema d'assolir la majoria d'edat durant doncs aquells que tinguin la residència no podran continuar la formació (si acabar el curs començat) i els que la tinguin hauran de posar-se a treballar immediatament per a poder mantenir la residència, cosa difícil de compatibilitzar amb els estudis. Per això resulta rellevant subratllar aquí el fet que l'art. 12 LOCPF reconeix la possibilitat d'establir una **oferta formativa de FP a grups amb especials dificultats d'integració laboral** i l'art. 13 la possibilitat de desenvolupar altres ofertes formatives no vinculades a el Catàleg Modular de Formació Professional, que semblen disposicions, especialment la primera que poden ser particularment útils per abordar les dificultats d'accés al mercat laboral dels joves estrangers, especialment d'aquells que s'han incorporat tardanament a el sistema educatiu o fins i tot no han passat pel mateix.

4.3.- L'accés dels menors estrangers als itineraris d'educació no reglada: programes de formació i transició al treball.

4.3.1. Els programes de formació i inserció (PFI)

Per “formació no reglada” ens referim a tots aquells programes de caràcter formatiu però no laboral que sense donar lloc a l'obtenció d'una titulació oficial regulada pel Ministeri d'Educació permet als joves l'adquisició de coneixements i formació per a la seva reinserció educativa i/o laboral. Aquella formació orientada a persones a l'atur i inscrites al Servei d'Ocupació de Catalunya (d'ara endavant SOC) per a la seva reinserció laboral serà objecte del següent apartat.

Aquest tipus de programes, sota denominacions i estructures diferents (programes de garantia social, programes de qualificació professional inicial), tenen com diem per finalitat proporcionar a aquests joves la possibilitat facilitar la reincorporació dels joves al sistema educatiu per continuar estudis de formació professional, al mateix temps que els faciliten també l'aprenentatge imprescindible per accedir al mercat de treball amb millors possibilitats d'obtenir una ocupació qualificada. En l'actualitat, aquests programes es coneixen com a **programes de formació i inserció (PFI)**, es troben regulats a la *Resolució ENS/1102/2014* i a la *Resolució ENS/2250/2014, de 6 d'octubre, de l'estructura dels programes de formació i inserció*²⁸, que institueix aquests programes com a voluntaris i adreçats als joves que

²⁸ *Resolució ENS/1102/2014, de 21 de maig, per la qual s'estableixen els programes de formació i inserció per al curs 2014-2015* (DOGC núm. 6628, de 22.5.2014) i *Resolució ENS/2250/2014, de 6 d'octubre, de l'estructura dels programes de formació i inserció* (DOGC núm. 6727, de 14.10.2014). Aquesta resolució ha

compleixin com a mínim 16 anys d'edat i com a màxim 21 en l'any d'inici del programa, que hagin deixat l'educació secundària obligatòria (ESO) sense obtenir-ne el títol i que, en el moment d'iniciar els programes, no segueixin estudis en el sistema educatiu ni participin en altres accions de formació. D'acord amb l'art. 4 Annex 2 Res. ENS/1102/2014 poden accedir els menors estrangers amb NIE, passaport vigent i cal aportar la targeta sanitària vigent, si bé “de manera extraordinària i a efectes de preinscripció, les dades d'identificació o de filiació de les persones estrangeres també es poden acreditar amb el document d'identitat, el passaport o el llibre de família del país d'origen o la documentació alternativa que la persona pugui aportar. El director o directora o la persona titular del centre la valorarà i deixarà constància per escrit de la decisió adoptada”, previsió que permet flexibilitzar els requisits d'admissió pel col·lectiu de menors estrangers en protecció.

Els PFI tenen una duració d'un curs acadèmic de aproximadament 1.000 hores, i s'estructuren en:

- Mòduls de formació professional, per a l'assoliment de les competències professionals, que inclouen un mòdul de pràctiques en alternança en centres de treball.
- Mòduls de formació general per a l'adquisició de competències instrumentals bàsiques.
- Accions de seguiment i orientació de l'alumne.

Els programes s'organitzen en tres modalitats:

- Plans d'iniciació professional (PIP), que es realitzen en instituts de titularitat del Departament d'Ensenyament i en centres docents privats i establiments de formació autoritzats.
- Plans de transició al treball (PTT), organitzats en col·laboració entre el Departament d'Ensenyament i les administracions locals.
- Programes de formació i aprenentatge professional (FIAP), realitzats en els instituts de titularitat del Departament d'Ensenyament.

La superació del programa de formació i inserció (PFI) suposa l'obtenció d'una certificació acadèmica i professional que acredita les competències professionals assolides.; adquisició de coneixements i qualificació per a la superació de la prova d'accés als cicles formatius de grau mitjà i el reconeixement dels mòduls professionals superats en el programa de formació i inserció (PFI) per a l'obtenció del títol professional bàsic associat al perfil. Igualment, s'atorga un certificat de professionalitat que emet l'Administració laboral i permet l'accés als centres de formació d'adults per obtenir el GESO, sense complir el requisit de tenir 18 anys. En aquest sentit, els FPI constitueixen un instrument formatiu polivalent per a obrir l'accés

estat modificada i es complementa amb la Resolució EDU/1359/2019, de 16 de maig, per la qual es modifiquen la Resolució ENS/1102/2014, de 21 de maig, per la qual s'estableixen els programes de formació i inserció, i la Resolució ENS/2250/2014, de 6 d'octubre, de l'estructura dels programes de formació i inserció (DOGC núm. 7881, de 23.5.2019), Resolució EDU/735/2019, de 20 de març, per la qual s'estableix el contingut i la durada dels mòduls de formació general i dels mòduls de formació professional comuns a tots els perfils professionals dels programes de formació i inserció (DOGC núm. 7841, de 27.3.2019); Resolució ENS/1470/2018, de 27 de juny, per la qual es modifica l'annex 2 de la Resolució ENS/2250/2014, de 6 d'octubre, de l'estructura dels programes de formació i inserció (DOGC núm. 7655, de 3.7.2018).

tant a la continuïtat dels estudis de FP i fins i tot el reconeixement de mòduls de FP bàsica, però també l'accés a la formació per a adults i al mercat laboral.

D'altra banda, no hauria de ser objecció per reconèixer el ple accés a aquests recursos l'existència de pràctiques formatives en els PFI en el marc de convenis de pràctiques, doncs a l'igual que passava amb les PGS i els PQPI, aquests programes tenen com a finalitat la capacitació professional i la seva certificació, juntament amb formació general per a la inserció laboral i el reforç educatiu orientat a l'obtenció del graduat escolar o l'accés a la FP bàsica (art. 41 LOE). L'art. 6.4 de la *Llei Orgànica 5/2002, de 19 de juny de les Qualificacions i de la Formació Professional (LOQFP)*, que en el seu art. 6.4 estipula clarament que "La formació afavorirà la realització de pràctiques professionals dels alumnes en empreses i altres entitats. Aquestes pràctiques no tindran caràcter laboral"²⁹. Aquesta formació enllaça amb la normativa estatal que reconeix la importància de comptar amb programes d'acompanyament i guia dels joves cap a recursos formatius postobligatoris, concretament de **programes públics d'ocupació-formació** (principalment, Llei 30/2015, de 9 de setembre, pel qual es regula el Sistema de Formació Professional per a l'ocupació en l'àmbit laboral, en relació amb l'art. 30 del Reial Decret 694/2017, de 3 de juliol).

Per tant, els FPI poden ser una solució, però no l'única, doncs els PFI poden patir algunes limitacions per absorbir tota la demanda. Els instruments de formació laboral més potents estan en mans de les autoritats laborals, i no de les educatives, i amb aquelles els joves en situació irregular no podran accedir, la qual cosa hauria de merèixer un tractament diferent. Com veiem l'educació no reglada juga un paper molt important en la inserció dels menors i joves estrangers, amb independència de la situació jurídica en la que es trobin, per diferents raons. D'una banda, perquè és la que millor es pot més adaptar a les seves realitat, necessitats i expectatives, en permetre'ls adquirir coneixements pràctics de manera ràpida i directament vinculats amb la demanda del mercat laboral; i de l'altra, perquè els requisits per accedir-hi són molt més flexibles que en l'educació reglada (també per a la FP bàsica o grau mig), així com perquè permeten una certa flexibilitat i adaptabilitat per a ajustar el pla formatiu al perfil del menor. I sobretot, perquè aquestes activitats de formació són clau per a la inserció dels menors que arriben a la majoria d'edat, tant amb una autorització de residència com sense per tal de poder beneficiar-se del règim atenuat de transició dels articles 197 i 198.1 del REDILE i poder aspirar a l'autorització de residència o de residència i treball.

4.3.2.. Algunes fórmules desenvolupades específicament pels menors i joves estrangers en protecció

Dins aquest marc alternatiu i de reintegració educatiu-laboral que ofereixen els itineraris de formació no reglada i concretament els FPI, alguns serveis i programes específics han donat suport als menors i joves sota els circuits de protecció.

²⁹ Per exemple, dels anteriors arts. 8 i ss. de l'Ordre ECI 2755/2007, de 31 de juliol ja es deduïa per exemple el caràcter fonamentalment educatiu de les activitats realitzades en "Aula Professional, Taller Professional o Taller Específic" (art. 7) tot i que el mòdul obligatori de capacitació professional vinculat a el Catàleg Nacional implicava 150-200 hores a centres de treball o empreses, formació que textualment es diu "serà tutelada, avaluable i disposarà de la corresponent cobertura legal".

En primer lloc, l'ASJTET³⁰ ofereix suport tècnic i educatiu als menors i joves tutelats i extutelats, posant a la seva disposició una sèrie de prestacions i serveis que materialitzen les respostes a les seves necessitats a través dels programes de treball individual. A partir d'un pla de treball individual s'estableixen els compromisos, activitats que els menors o jove vol assumir i el període d'execució previst pel seu compliment. Aquest pla és fruit d'un compromís per ambdues parts, referent i jove, que portarà a terme les observacions i constatacions de l'acompliment dels acords presos tenint en compte criteris d'avaluació, com per exemple, les circumstàncies d'accés o el grau d'implicació del jove. A més, la realització d'aquest pla de treball també comporta determinats avantatges en facilitar que els joves extutelats que hi participin puguin percebre prestacions, entre les quals destacadament suport econòmic³¹ per tal de permetre justificar la obtenció dels permisos de residència no lucratiu excepcionals que contemplen els arts. 197 i 198 REDILE, que més endavant s'analitzaran. Cal esclarir però que a l'ASJTET tan sols poden accedir els joves que han estat o que són tutelats i que tenen capacitats suficients per dur a terme una vida autònoma normalitzada, per tant no ofereix en principi serveis a aquells menors migrats que viuen al carrer i que es troben en situació administrativa irregular per no haver pogut accedir a la tutela per part de l'administració i no comptar amb autorització de residència. A la pràctica, aquests serveis d'orientació i suport són normalment gestionats per fundacions i entitats del tercer sector³².

En segon lloc, pels menors i joves que no han estat tutelats però han passat pel sistema de protecció i per tant es troben en situació administrativa irregular també es poden contemplar programés d'educació i accés a la formació, generalment de la mà d'organitzacions i fundacions que s'interessen per la protecció i garantia dels seus drets. Una de les possibilitats que es contempla és el model de les "Escoles de Segona Oportunitat" (o també, E2O) que van dirigides a menors i joves l'edat dels quals pot variar en funció de l'enfocament de la

³⁰ L'ASJTET és la unitat de la DGAIA que ofereix als joves, de 16 a 21 anys, tutelats i també ex-tutelats, suport tècnic i educatiu amb l'objectiu de col·laborar en el procés maduratiu del jove a través d'un programa de suport a l'emancipació i a l'autonomia, basat en l'acompanyament, l'assessorament, l'orientació i la formació amb una intervenció individualitzada a través de la figura del professional referent i durant un període de temps, que s'acaba quan s'assoleixen els objectius marcats o quan el jove abandona l'àrea. Dins de l'ASJTET trobem el servei d'acompanyament en medi obert especialitzat a joves tutelats i ex-tutelats on es realitzen funcions de treball educatiu amb atenció personal, allotjament i l'educació en habilitats socials orientades a la inserció socio-laboral i també a la integració dins els recursos normalitzats de la comunitat.

³¹ Per aquests joves ex tutelats es contempla la possibilitat de rebre ajuts econòmics per tal de que puguin assolir els objectius establerts en el marc del programa de treball individual i continuar la seva formació reglada post-obligatòria. Un d'aquests ajuts econòmics és el que està finançat per la Fundació "la Caixa" que perceben al voltant de 519'12€ al mes durant els mesos de formació del curs o bé, durant 12 mesos per cicles formatius. Igualment, els joves estrangers ex-tutelats poden beneficiar-se fins als 21 anys de les prestacions econòmiques reconegudes a la *Llei catalana 13/2006, de 27 de juliol, de Prestacions socials de caràcter econòmic*, sempre que compleixin els requisits allà establerts.

³² Un exemple de programa de col·laboració on hi ha una sèrie d'hores de pràctiques és el "Programa Incorpora" gestionat per la Fundació Mercè Fontanilles que rep suport de l'Obra Social "la Caixa" Aquest programa contempla dues formacions, una en Organització i Gestió de Magatzem, i una altra en Atenció al client en Xarcuteria i Fruiteria. La finalitat principal d'aquest programa, com en la majoria, és oferir la capacitació professional i el desenvolupament de competències transversals necessaris per fomentar la incorporació al mercat laboral. Respecte d'aquests programa cal destacar que les sessions tenen una durada de 250 hores repartides en tres mòduls formatius: el primer referent a la capacitació en competències transversals, un segon referit a la capacitació tècnica i l'últim, dirigit a la realització de pràctiques en una empresa de 80 hores.

mateixa, però poden comprendre franges entre 14 i 21 anys o entre 16 i 25 anys, que o bé no tenen el graduat escolar, o bé van aconseguir la ESO però van abandonar els estudis, així com aquells que es troben a l'atur i sense qualificació professional. Ambdós models, tot i que presenten diferències, busquen mitjançant el seguiment i el pla de treball es reforcin les competències bàsiques per tal que posteriorment el jove o bé es vegi capacitat laboralment per incorporar-se al món laboral, o bé perquè pugui accedir a recursos formatius que li permetin majors possibilitats d'integració.

El problema d'aquests programes és que normalment inclouen activitats de pràctiques, com ja s'ha mencionat, raó per la qual la clau -com hem indicat anteriorment- és que el conveni formatiu amb l'empresa es configuri de manera que, com indiquem més endavant en l'Apartat VI, s'esvaeixi qualsevol dubte sobre el seu caràcter educatiu-formatiu i no laboral, especialment quan els menors no disposin de permís de residència, o quan es tracti de majors de 18 anys amb residència però sense autorització de treball.

4.4.- L'accés dels menors estrangers en edat laboral a la formació ocupacional (Serveis Públics d'Ocupació)

En substitució de l'antiga formació ocupacional, és a dir aquella formació impartida als treballadors desocupats en situació de recerca de feina inscrits a les oficines de l'antic INEM, l'actual sistema de formació, més integrat i flexible, es vincula també al Catàleg Nacional (segons regula la LOQFP) i està configurada per un una iniciativa de formació professional per a l'ocupació específica: l'oferta formativa de les administracions competents per a treballadors desocupats, que inclou programes de formació dirigits a cobrir les necessitats detectades pels serveis públics d'ocupació, els programes específics de formació i els programes formatius amb compromisos de contractació (art. 8 de la Llei 30/2015). De fet, però diferent a l'anterior, s'ha de tenir present també que com a iniciativa oferida per les administracions públiques, també s'inclou la dirigida a treballadors ocupats, que està constituïda pels programes de formació de caràcter sectorial i els programes de formació transversals, així com els programes de qualificació i reconeixement professional.

En tot cas, les dues iniciatives d'ofertes formatives per les administracions públiques vistes anteriorment es diferencien de la iniciativa formativa programada per les empreses per als seus treballadors. I a més, les 3 anteriors iniciatives de formació es diferencien del que la Llei 30/2015 configura com a "Altres iniciatives de formació per a l'ocupació", on s'inclouen, principalment, els permisos individuals de formació; la formació en alternança amb l'ocupació; la formació dels empleats públics; la formació no finançada amb fons públics desenvolupada per centres i entitats d'iniciativa privada destinada a l'obtenció de certificats de professionalitat; i les relatives a la formació de les persones en situació de privació de llibertat.

Les iniciatives de formació constituïdes per l'oferta formativa de les Administracions públiques per a "treballadors desocupats" estan regulades principalment en el Reial Decret 694/2017, de 3 de juliol, que desenvolupa la Llei 30/2015, a la que s'ha fet referència. Aquestes iniciatives tenen per objecte té per objecte oferir-los una formació ajustada a les necessitats formatives individuals i del sistema productiu, que els permeti adquirir les

competències requerides en el mercat de treball i millorar la seva ocupabilitat. Per a això es tindrà en compte el perfil del treballador elaborat pels serveis públics d'ocupació. De fet, es tracta d'iniciatives que van dirigides a treballadors en situació d'atur³³, es per això que únicament poden ser beneficiaris d'aquests programes les persones que estiguin inscrites al Servei Públic d'Ocupació de Catalunya (d'ara endavant, SOC), donant prioritat als desocupats amb baix nivell de qualificació. Ara bé, no serà precisa la inscripció com a demandant d'ocupació quan una norma específica així ho prevegi, i en particular en el supòsit de joves inscrits en el Fitxer del Sistema Nacional de Garantia Juvenil, d'acord amb el que es preveu en la Llei 18/2014, de 15 d'octubre, d'aprovació de mesures urgents per al creixement, la competitivitat i l'eficiència³⁴.

Aquesta iniciativa es desenvolupa a través de tres tipus de programes: 1/ Programes de formació dels serveis públics d'ocupació dirigits a cobrir les necessitats formatives detectades en els itineraris personalitzats d'inserció i en les ofertes d'ocupació i en l'informe anual previst en l'article 4.3 de la Llei 30/2015, de 9 de setembre; 2/ Programes específics de formació dirigits a persones desocupades amb necessitats formatives especials o amb dificultats per a la seva inserció o requalificació professional; 3/ Programes formatius que incloïn compromisos de contractació.

Els cursos realitzats en el marc d'aquests programes han de permetre a l'alumne obtenir un certificat de professionalitat i habiliten per treballar en un determinat ofici, però també poden realitzar-se accions formatives no vinculades a certificats de professionalitat, que podran contemplar la realització de pràctiques professionals no laborals en les empreses. Per portar a terme aquestes accions, el Reial Decret 694/2017 exigeix el següents requisits als seu art. 24:

-Suscripció prèvia d'un acord entre l'empresa i l'entitat de formació que serà posat en coneixement de la persona que realitza les pràctiques,

³³ La impartició d'aquesta formació correspon a les Administracions Públiques, destacadament a la Xarxa de centres de referència nacional tot i que també poden fer-ho els centres integrats o dependents de les administracions, així com organitzacions empresarials i sindicats o empreses amb compromís de contractació així com Centres Integrats privats així com qualssevol altres entitats registrades a l'efecte. Amb caràcter general, l'oferta formativa prevista en aquest article atorgarà prioritat als aturats amb baix nivell de qualificació i inclourà preferentment accions dirigides a l'obtenció de certificats de professionalitat, a més d'aquelles altres que programin les Administracions competents d'acord amb les necessitats de qualificació de la població desocupada, de les competències requerides pel mercat de treball i de les ocupacions i sectors amb majors perspectives d'ocupació

³⁴ S'ha de portar a col·lació que Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, ha modificat el sistema de garantia juvenil, en el seu art. 97.a) de forma que poden inscriure's "los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español que habilite para trabajar, así como los menores no acompañados que aporten una Acreditación de los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma que justifique individualmente el acceso, mediante la inscripción, a actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio». Per tant, els menors en règim de protecció poden accedir al sistema si se'ls emet aquesta acreditació, redacció que ara guarda millor sintonia amb l'art. 35.9 LODILE.

-En el document que reculli l'acord haurà de descriure's el contingut de les pràctiques, així com la seva durada, lloc de realització i horari, i el sistema de tutories per al seu seguiment i avaluació.

-Abans del començament de les pràctiques, es posarà en coneixement dels representants legals dels treballadors en l'empresa el citat acord, així com una relació dels alumnes que participen en aquestes

D'altra banda, i al marge de l'anterior iniciativa, també existeixen els programes públiques de formació-ocupació, que estan inclosos en la iniciativa coneguda com a formació en alternança. S'ha de recordar que els treballadors aturats que participin en aquests programes, adoptats per les Administracions públiques podran percebre beques o ajuts. En aquest àmbit, l'administració catalana disposa per als menors de 25 anys de programes mixts de formació i treball de caràcter temporal amb la finalitat de millorar aquesta inserció i ocupació, que són: d'una banda, el programa d'escoles taller, que són projectes que consisteixen en la realització d'activitats d'utilitat pública i social, com per exemple, el manteniment del patrimoni cultural o la creació d'infraestructures públiques. Aquests programes tindran una durada d'un any o màxima de dos. I d'altra banda, les cases d'oficis que són projectes relacionats amb activitats en l'entorn urbà, rural o mediambiental amb la millora de les condicions de vida, i tenen tan sols una durada d'un any. Vist que l'accés a aquest tipus de formació podria constituir una altra opció per a aquests joves, i per tant assolir objectius equivalents als de l'educació secundària obligatòria, així com l'accés a formació, i en alguns casos fins i tot obtenir una remuneració quan els programes incloguin un contracte laboral que pot significar el 75% del salari mínim interprofessional, cal analitzar sota quines condicions els menors i joves podrien accedir a aquesta formació ocupacional. En aquest punt, els requisits i obstacles dels menors i joves estrangers amb edat per a treballar estan recollits a la LODILE i la REDILE i més específicament a l'ORDRE TAS 3698/2006 que regula la inscripció dels treballadors estrangers no comunitaris en els serveis públics d'ocupació i en les agències de col·locació com a demandants de feina.

Aquesta Ordre intenta donar resposta al complex problema de determinar si els joves estrangers en situació irregular poden accedir a la que es venia coneixent com a formació ocupacional i que ara passa a denominar-se "formació d'oferta" a treballadors en situació d'atur, en concret a aquella formació impartida als treballadors desocupats en situació de cerca de feina inscrits a les oficines de les conselleries de treball de les Comunitats Autònomes (a Catalunya, el SOC). En aquest punt, la naturalesa essencialment laboral de la formació dirigida a l'ocupació, semblava excloure l'aplicació de la doctrina continguda en la STC 236/2007 centrada en l'activitat formativa de caràcter educatiu. És més, no estava clar que a la mateixa pugués accedir qualsevol estranger (menor o no) en situació de simple regularitat sinó que també se'ls havia exigint en el passat la disposició d'un permís de treball, que demostrés la seva condició de treballadors en actiu. El precari marc regulador que oferien l'art. 36 LODILE³⁵ i el seu Reglament d'execució llavors, confrontat amb la realitat d'haver

³⁵ En general l'article 36 de la LODILE estableix de manera general per tots els estrangers majors de 16 anys d'edat que "precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá juntamente con la de residencia" i a més, "2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará

de crear canals per intervenir sobre el creixent nombre de joves estrangers en edat laboral, van conduir a solucions diferents a les Comunitats, fins que el Ministeri de Treball com apuntem va dictar l'Ordre TAS/3698/2006 de 22 de novembre adreçada a ordenar aquesta situació. Front a la regla general de disposar d'autorització de residència i treball de l'art. 36 LODILE, que el propi art.1 de la Ordre reitera, consistent en que només tindran reconegut el dret a inscriure's com a demandants de feina aquells que tinguin dret a accedir al mercat laboral, és a dir, que en general gaudeixin d'autorització de treball, a la pràctica la pròpia Ordre inclou una regulació permís a permís que ofereix un seguit d'**excepcions** a aquesta regla general.

Pel que fa als menors en edat laboral, si aquests estan tutelats per l'administració pública i disposen d'una autorització de residència temporal, a banda d'estar exempts de l'obligació d'obtenir el permís de treball i de tenir en compte la situació nacional d'ocupació (SNE), de conformitat amb els arts. 41.1 j) i 40.1 i) de la LODILE, aquests menors podran realitzar totes aquelles activitats o programes d'educació i formació que siguin en el seu benefici, inclosa una activitat laboral amb contracte³⁶. Els arts. 10.1 i 10.2 de l'Ordre reconeixen l'accés dels menors tutelats i amb residència (o amb acreditació de l'entitat tutelar) a la inscripció com a demandants d'ocupació al SOC, i pels que inclús no tenen declarada la tutela ni disposen de residència però es troben a càrrec d'una entitat quan aquesta ho justifiqui, podran demanar la inscripció a activitats o programes de formació que puguin beneficiar-los.

Pel que fa als majors d'edat que volen incorporar-se en el món laboral tornem a la lògica de la necessitat d'autorització de residència i treball. És veritat que hi ha un seguit de casos en què o bé no els caldrà autorització de treball (residents de llarga durada, art. 3 Ordre) o que ja gaudeixen d'autorització laboral (ordinària de residència i treball o obtinguda via art. 198 REDILE amb residència per raons excepcionals i autorització de treball). Queden però dos supòsits que a més seran els més freqüents a la pràctica: els joves que tenen permís de residència temporal i els que no en tenen i es troben irregulars.

a. Pels *majors d'edat amb permís de residència* sigui per continuïtat de l'autorització anterior, per residència no lucrativa adquirida en virtut de l'art. 197), l'art. 4 Ordre estableix:

Artículo 4 Autorización de residencia temporal

1. Se podrán inscribir como demandantes de empleo para trabajar por cuenta ajena, sin ninguna limitación, salvo la derivada de la vigencia de la propia autorización de residencia, los extranjeros titulares de una autorización de residencia temporal que lleven, al menos, un año en situación de residencia legal.

Para acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, dichos extranjeros lo harán de conformidad a lo establecido en el artículo 96.1 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que habilita a los extranjeros titulares de una autorización de residencia que lleven, al menos, un año en situación de residencia legal, a acceder a la situación de residencia y

al alta del trabajador en la Seguridad Social". Per tant, per accedir al mercat laboral és requisit imprescindible comptar amb aquestes dues autoritzacions, condicionada la del treball a que es disposi d'un contracte laboral que asseguri una activitat continuada durant el període de vigència de la residència.

³⁶ Recordem que en aquest punt el reglament no ha estat modificat a acord amb la modificació de la llei, ja que en relació a la situació anterior de l'art.40.1 i) estableix que és necessari una autorització de treball, quan justament atenent al LODILE ja s'ha dit que no cal. La Instrucció 1/2020 de la Secretaria d'Estat de Migracions s'encarrega de recalcar-ho.

trabajo por cuenta ajena cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente solicitud de autorización para residir y trabajar y se cumplan los requisitos del artículo 50, excepto los párrafos a) y f).

2. Igualmente se podrán inscribir como demandantes de empleo los titulares de las autorizaciones caducadas a las que hace referencia el apartado anterior cuando acrediten haber solicitado la renovación de ésta con copia de la solicitud.

La renovación deberá haberse solicitado con una antelación de 60 días naturales previos a la fecha de su expiración, pudiendo, no obstante, haberse solicitado dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado su vigencia, según lo establecido en los apartados 1 y 5 del artículo 37 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

La validez de esta solicitud de renovación para la inscripción como demandante de empleo será hasta los tres meses siguientes de la fecha de presentación de dicha solicitud en el registro del órgano competente para tramitarlas o hasta su resolución.

3. Transcurrido el plazo de tres meses indicado en el apartado anterior, si la solicitud no se ha resuelto, se entenderá estimada y, por tanto, también se podrán inscribir como demandantes de empleo los titulares de estas autorizaciones caducadas junto con el certificado que acredite la renovación por este motivo, al que hace referencia el artículo 37.7 del Reglamento citado.

4. Igualmente se podrán inscribir como demandantes de empleo para trabajar por cuenta ajena, sin ninguna limitación, salvo la derivada de la vigencia de la propia autorización de residencia temporal, **los extranjeros titulares de una autorización de residencia que lleven menos de un año de residencia legal y que justifiquen, mediante acreditación emitida por el órgano competente, una necesidad, por circunstancias sobrevenidas, de trabajar para garantizar su subsistencia**, según lo establecido en el artículo 96.1 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Així, els estrangers majors de 18 anys que hagin pogut obtenir una autorització de la residència no lucrativa podran sol·licitar la modificació de la mateixa i obtenir el permís de residència i treball, i així accedir al mercat laboral i a programes de formació ocupacional. Tot i així, aquesta modificació no és automàtica sinó que s'haurà de realitzar conforme al que estableix l'art. 200 del REDILE (antic 96 Reglament) i presentar juntament un o més contractes de treball de vigència successiva. Però com per obtenir l'autorització de treball és indispensable comptar amb un contracte de treball que demostrï la relació laboral, i després estar donat d'alta a la Seguretat Social, la possibilitat de conversió de la residència en residència i treball, en molts casos seran difícil de realitzar. Una segona opció, acollir-se a la Disp. Ad. 2ª j) Ordre que permetria la inscripció a qui una autorització de residència es trobi dins de "Otros supuestos en los que proceda la expedición de las certificaciones, previa determinación de los mismos por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración en el desempeño de sus competencias"; aquesta fórmula casuística requereix però una autorització expressa de la Secretaria d'Estat d'Immigració, que no sembla viable com a sortida general per als casos habituals però que pot considerar-se com a mecanisme de flexibilització.

b. Per aquells joves *majors d'edat que no comptin amb la residència*, i per tant, es trobin en situació irregular, perquè mai es va declarar situació de desemparament i tutela, en principi quedarien exclosos de l'Ordre, i per tant, també de la formació d'oferta o ocupacional. I si com a menors hi figuressin inscrits haurien de sortir del sistema. Per prevenir aquests casos, com exposarem més endavant caldria haver-se dirigit abans a l'art. 198 REDILE en el qual es contempla la possibilitat de concessió del permís de residència sempre i quan s'hagi participat adequadament a les activitats formatives programades per l'entitat i l'entitat recomani que es concedeixi una "autorització de residència per circumstàncies excepcionals" acreditant el jove alternativament: que compta amb mitjans econòmics, que té un contracte de treball i que reuneix els requisits establerts en l'art.105.3 del mateix reglament. En

definitiva, els joves sense permís de residència és molt difícil que puguin inscriure's als serveis d'ocupació per a rebre formació.

En resum, només aquells que finalment puguin aconseguir l'autorització de residència temporal, hagin estat tutelats o no, tenen dret d'accés al mercat laboral, és a dir, tenen dret a inscriure's en els serveis públics d'ocupació i les agències de col·locació, conforme al que estableix l'article 4 de la Ordre. La realització d'aquests cursos és beneficiós per a ells ja que els permet, com a alumnes, assolir objectius equivalents als de l'educació secundària obligatòria, així com la constant formació i perfeccionament de competències, fins i tot poden accedir a un sistema de beques, incentius de formació i en cas d'alternar-ho amb un contracte laboral obtenir a més, una remuneració (arts. 25, 26 i 30 RD 694/2017) ³⁷.

³⁷ *Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.* Al seu art. 27 preveu també programes específics per a col·lectius amb necessitats especials de formació.

PART II. IDENTIFICACIÓ DE PROBLEMES JURÍDICS EN L'ACCÉS A FORMACIÓ I TREBALL DELS MENORS I JOVES ESTRANGERS TUTELATS I EXTUTELATS I PROPOSTES DE MILLORA

5. Els problemes jurídics dels menors i joves estrangers en l'accés a formació i treball.

Presentat succintament en el primer bloc d'aquest treball el règim jurídic dels menors i joves al sistema educatiu, formatiu i d'ocupació laboral, s'aborda a continuació el nucli del que constitueix la petició concreta d'anàlisi dels problemes d'inserció laboral de menors i joves estrangers a Catalunya.

Aquesta petició sorgeix arrel de dos problemes específics. Primer, l'increment de les sancions per part de la inspecció laboral a les empreses que tenien convenis de practiques formatives promogudes per les entitats socials que treballen amb els menors i signats amb diverses empreses per a la formació laboral dels menors i joves estrangers en transició a la autonomia personal. Les administracions implicades així com les entitats del tercer sector que treballen en xarxa en aquest àmbit comparteixen la percepció de que es tracta d'un problema rellevant al temps que identifiquen que les interpretacions i les pràctiques de les diferents Administracions. I segon, la necessitat d'identificar les fórmules o les opcions existents a l'actual marc jurídic per tal de millorar l'accés a la formació i al mercat de treball dels joves sense targeta d'identificació d'estrangers (TIE), la qual cosa ens permetrà al següent Apartat VI de fer un seguit de propostes tant de caràcter pràctic per ajustar l'actuació dels diferents actors a la normativa laboral i d'estrangeria, com de formular propostes de reformes laborals i d'estrangeria que facilitin el seu accés si les fórmules anteriors són insuficients o cal realitzar un replantejament del marc normatiu general.

5.1.- Les dificultats per a la obtenció de l'autorització de residència pels menors estrangers en edats compreses entre els 16 i 18 anys

En un Apartat anterior hem indicat breument que la permanència de qualsevol menor estranger no acompanyat que sigui tutelat a Espanya per una Administració pública o per una resolució judicial de qualsevol altra entitat es considera com a residència regular a tots els efectes. A més a més, i això és força rellevant, l'atorgament del permís de residència retrotrau els seus efectes al moment en què el menor va ser identificat pels serveis de protecció de menors en situació de risc o desemparament. No obstant, la previsió continguda a l'art. 35.7 REDILE requereix una anàlisi més detinguda doncs planteja seriosos problemes:

Art. 35. 7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de

menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.

Aquest precepte conté tres prescripcions diferents que generen una situació mol particular, i on rauen molts dels problemes que a la pràctica afronten aquests menors.

Primer, la residència dels menors tutelats és considera a tots els efectes residència legal, però cal subratllar que només dels tutelats per l'autoritat autonòmica competent, en el nostre cas la DGAIA, no la d'aquells en una situació diferent i prèvia com podria ser la dels menors beneficiaris de l'atenció immediata i urgent. Això implica que fins a la declaració de desemparament, i la conseqüent tutela, el menor no pot ser considerat resident legal, si aquesta s'endarrereix pel motiu que sigui el menor no pot considerar-se resident legal fins llavors, tot romanent en un llimb jurídic, o significa llavors que es considera en situació irregular mentre està sota la guàrdia i/o custòdia de la DGAIA o d'una entitat en nom i per delegació d'aquesta?

Segon, tot i que l'assumpció de la tutela per la DGAIA comporta automàticament la residència legal del menor, la documentació formal d'aquesta situació no és gens automàtica. Abans de tramitar l'autorització de residència cal demostrar la impossibilitat de la repatriació o el transcurs com a màxim de nou mesos des de la intervenció sobre el menor i després encara és necessari obrir un procediment a instàncies de la pròpia DGAIA (tot i que l'art. 196.2 REDILE estableix que tant la Sotsdelegació d'ofici com a instància de part pot iniciar-se), procediment que el Reglament detalla així com la documentació i tràmits a seguir pel mateix i que finalitza amb la resolució de la Delegació o Sotsdelegació del Govern, atorgant o denegant l'autorització de residència. És veritat que aquest procediment podia resoldre's en una o dues setmanes però quan el volum de sol·licituds augmenta, el retard por allargar-se més. És a dir, que aquesta situació indefinida del menor en guàrdia i/o custòdia sota protecció de la DGAIA però sense estar encara documentat amb una autorització de residència es pot allargar més enllà de nou mesos, fàcilment fins als deu o fins i tot dotze mesos. Durant gairebé un any el menor es pot trobar sota protecció però sense que hagi decaïgut una autorització de residència.

Tercer, la declaració de desemparament i tutela estén retroactivament la condició de residència legal a tot el període comprés entre la posada a disposició dels serveis socials fins a l'atorgament de l'autorització. Aquesta previsió benintencionada pretén donar sentit a la afirmació inicial de l'art. 35.7 REDILE que la residència del menor s'entén regular a tots els efectes des del primer moment en que va ser localitzat i la intervenció de protecció es va activar. Fixem-nos que el precepte *in fine* en aquest punt va més enllà de la primera frase del mateix, doncs és regular la residència no des de la tutela (molt posterior a la intervenció protectora) si no a la primera intervenció protectora. Això és encomiable però el problema d'aquesta fórmula és que la documentació de la legalitat de la residència depèn totalment de que s'iniciï el procediment administratiu detallat a l'art 196.4 REDIL, i sobretot que aquest no acabi en arxiu per decaïment del seu objecte o per resolució denegatòria. En ambdós casos, el menor que en principi hauria residit *ex art. 35.7 LODILE* legalment "a tots els efectes" no disposaria d'un document que reflectís aquesta circumstància crucial pel seu *status* jurídic a Espanya. Nombroses Sentències corroboren aquesta situació de desvinculació entre el caràcter *ex lege* de la residència legal del menor però com per omissió o error d'alguna de les

Administracions responsables, aquest títol de resident no ha estat documentat adequadament. I en estrangeria el document ho és tot, doncs són els documents els que permeten accedir als drets, a les prestacions i sobretot a d'altres documents vinculats (renovacions de residència, treball, formació laboral), com veurem a continuació.

L'efecte combinat de totes tres previsions provoca un problema greu i creixentment generalitzat. En virtut de la normativa actual, els menors estrangers que arriben sols a edats compreses entre els 16'5 anys i els 18 anys, tot i rebre una atenció immediata i urgent per part de l'Administració catalana, i que la seva residència hauria de ser considerada com a residència legal a tots els efectes i documentada consegüentment, a la pràctica pot allargar-se durant mesos i en els pitjors dels casos més d'un any. Si no es declara aviat la tutela ni es tramita ràpidament la residència d'aquests menors, pot molt fàcilment ocórrer que l'assoliment dels 18 anys comporti a la pràctica el decaïment (i arxiu) de l'objecte del procediment d'autorització de residència, en passar a regir-se com a d'adults per la normativa d'estrangeria, i en aquest cas, en concret ja per l'art. 198 REDILE si reuneixen els requisits establerts per aquest precepte, o directament a la regularitat.

Un resultat ben allunyat de l'interès superior del menor, però també dels que haurien ser els objectius de les Administracions i que sens dubte no és l'esperit que impulsa la pròpia llei o el Reglament, encara que en la seva redacció contribueixin a aquest possible resultat. Aquest és un problema de primer ordre que condiona actualment tota la intervenció sobre els menors, el seu règim jurídic subsegüent tan bon punt assoleixin la majoria d'edat i en tot cas tant les condicions d'accés a la formació laboral com el seu accés al propi mercat laboral.

Finalment, l'art. 196.4 REDILE preveu la duració de l'autorització de residència i els seus efectes:

Art. 196.4. La autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.

La autorización de trabajo concedida de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia.

Cal observar que de l'autorització de residència que el Reglament preveu només ens diu que tindrà una vigència d'un any però no ens indica quin tipus d'autorització serà. Com la duració d'un any coincideix amb la d'una autorització de residència temporal inicial, sembla que el precepte ens remeti al règim de les autoritzacions ordinàries, la qual cosa a la pràctica suposa un problema doncs aquest tipus d'autorització té poc a veure amb la lògica d'altres autoritzacions, potser la de residència familiar seria la més propera però justament la resta de la normativa sembla evitar aquesta equiparació doncs és una autorització que depèn d'un tercer reagrupant, per tant l'alternativa que resta és la d'una autorització de residència no lucrativa però que podria ser perfectament un altre tipus d'autorització, fins i tot es podria contemplar una autorització especial de residència per a menors tutelats. Però en contemplar tot seguit la possibilitat d'autorització de treball, llavors caldria excloure en aquests casos la consideració de l'autorització de residència com a no lucrativa. Aquest fet semblaria apuntar

més aviat cap a l'aplicació en aquests casos del règim de les autoritzacions de residència i treball, però per la duració més limitada i completament supeditada a l'autorització de residència, tot sembla apuntar que tampoc estariem davant aquest tipus d'autorització, que tampoc ens serviria si el menor no treballés. Per tant, tot i que l'art. 196.5 REDILE i la pràctica administrativa actual semblen considerar que en el cas dels menors estrangers tutelats se'ls atorguen **autoritzacions de residència** o **autoritzacions de residència i treball amb les especialitats contemplades a la legislació**, en comptes de considerar que es tracta d'unes autoritzacions especials ex lege i diferents d'aquests a les quals només se'ls podria aplicar de manera subsidiària la normativa de les autoritzacions ordinàries i només en allò que fós coherent amb la lògica de protecció i integració sociolaboral del menor que implicaria el reconeixement d'un règim especial. Una o altra perspectiva poden variar força el marge interpretatiu sobre allò que no està expressament regulat a la normativa.

En un cas o altre, val la pena subratllar com a segona particularitat de l'autorització de treball a banda de la duració limitada, l'avantajosa exclusió de l'examen de la situació nacional d'ocupació (SNE). Aquest precepte però resulta estrany en la mesura que l'art. 41.j) LODILE (reformat per LO 2/2009) estipula que els menors tutelats no necessiten autorització de treball per a treballar:

Artículo 41 Excepciones a la autorización de trabajo

1. No será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes

j) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

De fet, la redacció del precepte ni tan sols menciona la necessitat d'un permís de residència previ, només la condició de tutelats per a poder treballar. Això no obstant, a la pràctica s'ha conduït cap a la interpretació que després de la declaració de tutela en la mesura que l'autorització de residència no comporti gaire temps de tramitació, es pot començar a treballar. Aquesta sembla ser la interpretació sostinguda per la *Instrucción 1/2020 de la Secretaria de Inmigración* que en afimar: 'La concesión de la autorización de residencia, expedida a favor de los menores extranjeros, habilitará para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena en el momento en el que éstos alcancen 16 años de edad, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo en materia de extranjería. Esta habilitación quedará reflejada expresamente en la documentación expedida a su favor, mediante la siguiente leyenda "habilita a trabajar por cuenta ajena"' on clarament lliga la possibilitat de treballar directament a la disposició d'autorització de residència. De fet, la Instrucció va més enllà de l'art. 41.j) REDILE en incloure tots els menors estrangers i no només els tutelats, i al mateix temps reforça el mandat inherent a una excepció de l'autorització de treball que implica que no clagui fer cap tràmit addicional, i per a reforçar-ho i evitar resistències a la pràctica per simple desconfiança o desconeixement, instrueix per a que les autoritzacions de residència així ho reflecteixin explícitament. No obstant, cal parar atenció a que la Instrucció acota els seus efectes a la ocupació per compte aliè, quan la llei en parlar expressament dels menors estrangers sols no fa aquesta distinció (com tampoc l'art. 19.1 LODILE, per cert, pels menors reagrupats) raó per la que es pot sostenir que en el cas dels menors tutelats suposa una restricció. En aquest punt, la Instrucció resulta més restrictiva que la legislació actual i

podria vulnerar la jerarquia normativa si s'interpreta que exclou la ocupació per compte propi.

Pel que fa a la renovació de l'autorització mentre l'estranger encara és menor val la pena recordar l'art. 196.5 REDILE³⁸:

Art. 196.5. El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial.

La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

Com es pot deduir d'aquest precepte, la vigència de l'autorització renovada serà d'un any, excepte que correspongui ja una autorització de residència de llarga durada (PRLD). Això representa de nou una especialitat en aquest tipus d'autoritzacions, diferents de les ordinàries que habitualment es renovarien cada dos anys (primera i segona renovació). No obstant, comparteix amb la resta d'autoritzacions de residència que la seva renovació de manera continuada durant cinc anys permet assolir el PRLD. Igualment destacable és que la renovació de la mateixa s'iniciarà d'ofici per la Oficina d'Estrangeria. En aquest punt, de nou recordem que la manca de tramitació per part de l'Administració Pública competent de la renovació de l'autorització que ens ocupa podria donar lloc a la corresponent indemnització material i/o moral per responsabilitat patrimonial en considerar que la seva inactivitat en la tramitació genera una lesió en els drets del particular, que amb independència de que es pugui considerar conseqüència de funcionament normal o anormal dels serveis públics, no tenia el deure jurídic de suportar, sempre i quan de conformitat amb allò establert al títol IV de la Llei 40/2015 d'1 d'octubre, de Règim Jurídic, es demostrï que el dany al·legat sigui efectiu, valuable econòmicament i suficientment individualitzat en relació al menor o jove afectat³⁹. Aquesta responsabilitat fins i tot pot ser atribuïda a diverses Administracions públiques si les mateixes han concurregut en la causació del mateix (art 33 Llei 40/2015), i això és rellevant doncs, tant la Subdelegació del Govern com la DGAIA podrien ser condemnades solidàriament en responsabilitat patrimonial de l'Administració pública en no respondre tant per la tramitació de l'expedient que ha de realitzar la Subdelegació, com en acompanyament i impuls que hauria de realitzar la DGAIA, en protecció dels interessos

³⁸ Val la pena destacar aquí l'excepció molt particular que va suposar durant els mesos d'estiu de 2020 durant la pandèmia del COVID19 les previsions del *Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario* (BOE núm. 84, 8 d'abril de 2020), art. 2. d) "Asimismo podrán acogerse los jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años" i que ha permès la contractació d'alguns joves en l'àmbit agrari i disposar així d'una autorització de residència i treball.

³⁹ D'acord amb l'article 32 "Els particulars tindran dret a ser indemnitzats per les administracions públiques corresponents, de tota lesió que pateixin en qualsevol dels seus béns i drets, llevat dels casos de força major, sempre que la lesió sigui conseqüència de funcionament normal o anormal dels serveis públics

superiors dels menors d'aquest joves migrats sols, dels expedients administratius de la Subdelegació⁴⁰.

5.2. Els obstacles a la renovació del permís de residència dels menors estrangers en arribar a la majoria d'edat. Els límits i carències dels arts. 197 i 198 REDILE

A l'Apartat IV s'ha presentat el règim de renovacions de permisos de treball, interessa aquí centrar l'atenció en el règim previst en general a la legislació pel pas dels 16 als 18 anys dels menors tutelats amb permís de residència (art. 197 REDILE) o sense (art. 198 REDILE), però també d'aquelles menors que han passat pel circuit de protecció però no han estat tutelats i/o no han aconseguit el permís de residència. En aquest context, els joves estrangers en transició a la vida adulta es poden trobar en alguna de les quatre situacions detallades a continuació, dos d'elles directament sotmeses al règim d'estrangeria general i dos més on el reglament acompanya aquesta transició atenuant alguns dels requisits generals del règim general d'estrangeria dels adults. Com veurem totes elles poden plantejar problemes, que com veurem s'agregaran a conseqüència de la interpretació del Tribunal Suprem sobre el que pot computar com a ingressos propis, qüestió que analitzarem com a tercer nus de problemes.

5.2.1. Règim general d'estrangeria amb autorització de residència, o de residència i treball, ordinariis.

Encara que en principi sigui un règim amb requisits més exigents que els règim de transició que ofereix l'art. 197 REDILE, teòricament és possible que aquells joves que tinguin mitjans econòmics propis i suficients puguin acollir-se a la autorització de residència no lucrativa de l'art. 46 REDILE (400% IPREM) o de permís de residència i treball ordinariis per compte aliè del l'art. 63 REDILE o per compte propi de l'art. 69 REDILE, tot i que els requisits exigits seran en general més restrictius que els de l'art. 197.2 REDILE, pensat justament per a atenuar l'exigència d'aquests preceptes atesa la joventut i situació d'aquests joves.

Cal no oblidar tampoc, que en assolir la majoria d'edat els menors ex-tutelats poden obtenir d'un **permís de residència de llarga durada** si demostren haver estat durant cinc anys sota tutela de manera continuada (art. 148.3 incís e) REDILE) i lògicament, no necessitaran més l'autorització de treball per a treballar podent accedir tant a la educació com a la formació ocupacional en igualtat de condicions que els joves espanyols. Tampoc caldrà preocupar-se més per aquesta qüestió en el cas dels menors que en virtut de l'article 22.2 lletra c) del Codi Civil accedeixen per via preferent a la **nacionalitat espanyola**, que només exigeix el termini d'un any de residència legal al menor estranger que hagi estat sota la tutela, guarda o acolliment legal d'un ciutadà o institució espanyols durant dos anys consecutius. El temps de residència prèvia per a la obtenció de la nacionalitat és teòricament més curt que el temps requerit per a la obtenció del permís de residència de llarga durada.

⁴⁰ D'altra banda, l'article 33 contempla el supòsit de responsabilitat concurrent de diverses Administracions públiques, establint que "quan de la gestió provinent de fórmules conjuntes d'actuació entre diverses administracions públiques derivi responsabilitat en els termes que preveu la present Llei, les Administracions intervinents han de respondre de forma solidària".

5.2.2. Règim de transició pels joves extutelats residents mitjançant renovació en forma d'autorització de residència lucrativa.

L'accés a la majoria d'edat del menor estranger no acompanyat que és titular d'una autorització de residència està pautat a l'article 197 REDILE per tal d'atenuar les exigències del règim general d'estrangeria.

D'acord amb l'art. 197 REDILE en el cas que el menor estranger no acompanyat titular d'una autorització de residència assoleixi la majoria d'edat, podrà optar per renovar la seva autorització de residència i treball però l'haurà de tramitar ell 60 dies abans de la seva expiració o fins a 90 dies després, si bé exposant-se a les sancions previstes en aquests casos. En tot cas, val la pena subratllar que aquesta renovació ja no la inicia d'ofici l'Oficina d'Estrangeria si no el propi interessat, però que un cop presentada i mentre es resol la mateixa, s'entén com passa també en la resta de situacions d'espera de resolució que la persona es continua beneficiant provisionalment de l'autorització de residència anterior. Per a la renovació de la residència, -que ara sí que la normativa identifica amb l'autorització de residència no lucrativa-, el precepte estableix que "*la quantia a acreditar com a mitjans econòmics per al seu sosteniment s'estableix en una quantitat que representa mensualment el 100% de l'IPREM* " i que l'Oficina d'Estrangeria podrà prendre en consideració per a valorar la sol·licitud altres elements com els informes dels centres de protecció on ha estat tutelat, la formació acadèmica, així com el coneixement de les llengües oficials de l'estat, l'existència de llaços familiars en territori espanyol, el temps que hagi estat tutelat, la formació acadèmica i l'existència d'una oferta o contracte de treball. Dos particularitats rellevants: una, per a la renovació de l'autorització és indispensable disposar de mitjans econòmics (100% IPREM) però no ho és disposar d'una oferta laboral; segona, parlem d'una residència no lucrativa tot i que es contempla la possibilitat d'una oferta laboral, aquesta no s'activa automàticament, sinó que cal demanar una modificació de la mateixa d'acord amb l'apartat 197.6 REDILE ("*En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, en los términos establecidos en el artículo 200 de este Reglamento. A los efectos de dicha modificación, podrán ser presentados uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva.*"). Per tant, per a la continuïtat de la residència en aquest règim de transició pels menors que han complert amb tot el que el sistema els requeria,... cal demostrar que tenen un 100% IPREM en concepte d'ingresos propis en el moment de renovar i després caldrà assegurar-se que disposen d'una oferta laboral per tal de modificar la seva autorització o que continua l'entrada d'ingresos ininterrompudament. Aquesta previsió tot i atenuar el nivell d'exigència del règim de residència i treball ordinaris és molt poc realista a la pràctica i els imposa l'entrada gairebé immediata al mercat de treball i la necessitat de disposar d'uns mitjans econòmics propis mínims als 18 anys.

5.2.3. Règim de transició pels joves sota protecció però sense residència mitjançant l'autorització de residència per raons excepcionals.

L'accés a la majoria d'edat del menor estranger no acompanyat que no és titular d'una autorització de residència però ha estat sota tutela, guàrdia o custòdia de l'Administració de residència està pautat a l'article 198 REDILE per tal d'atenuar també les exigències del règim

general d'estrangeria. En aquests casos s'estipula que els menors que es trobin sota un servei de protecció, hagin participat en les activitats formatives de manera adequada i s'hagin interessat per la seva integració social, la mateixa entitat del servei de protecció pot proposar a la Oficina d'Estrangeria la concessió d'una autorització de residència per circumstàncies excepcionals. Com es pot veure, aquest precepte crea un supòsit nou d'aplicació de la figura regulada a l'art. 123 REDILE però no contemplada expressament als arts. 124, 125, 126 o 127 REDILE (excepte es consideri un cas d'interès públic), la tramitació de la qual si bé haurà de subjectar-se al procediment establert a l'art. 128 REDILE, donades les particularitats recollides al 198.2 REDILE en realitat s'allunya bastant de la lògica d'aquest tipus d'autoritzacions. Per començar la sol·licitud s'ha de demanar amb 60 dies d'antelació o en els 90 dies posteriors a la data en que compleixi 18 anys⁴¹ (doncs no hi permís de residència previ que expiri ni es renovi), caldrà demostrar també que el jove disposa de mitjans econòmics suficients pel seu propi sosteniment equivalents al 100% IPREM o alternativament un contracte per compte aliè de vigència successiva amb els requisits de l'art. 64.3 REDILE (excepte SNE) o per compte propi del 105.3 REDILE. Això fa que es descarti per criteri d'especialitat les previsions generals sobre autorització de treball per circumstàncies excepcionals de l'art. 129 REDILE, que d'una altra manera imposaria uns criteris molt més exigents que els de l'art. 198.2 REDILE. Val la pena subratllar que aquí el contracte de treball o l'autoocupació són opcions alternatives a la demostració d'ingressos en una quantitat mensual del 100% de l'IPREM, i no elements a prendre en compte per a valorar la sol·licitud. Si se li concedeix l'autorització, aquesta comporta una autorització de treball i la seva vigència està condicionada a la posterior afiliació i alta a la Seguretat Social en el termini d'un mes.

5.2.4. Situació dels joves sense autorització de residència i/o treball subjectes al règim general d'estrangeria.

A diferència dels supòsits anteriors regulats a la normativa, aquesta res ens diu de la situació dels menors que arriben a la majoria d'edat havent sortit del circuit de protecció o no havent participat de les accions formatives o que es trobin en qualsevol altra circumstància diferent dels supòsits anteriors⁴². En aquests casos, les opcions són limitades, i es comentaran en l'Apartat IV més en detall, però tendeixen a passar per la regularització extraordinària per circumstàncies excepcionals d'arrelament social amb una oferta laboral o amb recomanació d'exempció de la mateixa.

⁴¹ També s'aplica aquesta via en aquells casos en que el jove ha estat objecte de protecció immediata però al cap de pocs mesos s'ha considerat major d'edat de manera sobrevinguda per aportació de passaport, prova de majoria d'edat, etc..

⁴² La casuística aquí pot ser molt àmplia, per exemple, els joves immigrants sols que entren en el sistema de justícia juvenil i són condemnats, o una variant d'aquest seria per exemple, la condemna a multa per un delictes però que, en lloc de fer-se efectiva la multa com que no és abonada per manca de capacitat econòmica es substitueix per treballs en benefici de la comunitat; llavors, quan aquesta substitució comporta un temps d'espera llarg pel funcionament administratiu de la Direcció General de Mesures Penals Alternatives; aquesta situació pot provocar que en el moment de la renovació encara no sigui possible disposar de la cancel·lació dels antecedents penals cosa que normalment provoca la denegació de la renovació.

En conclusió, com es pot veure tant el règim ordinari com els règims atenuats de transició a la majoria d'edat imposen un conjunt de **requisits tan difícils d'acreditar que només funciona si existeix un acompanyament i suport extern, de les Administracions o del tercer sector** per a funcionar, especialment facilitant a **aquests joves sense referents familiars tant allotjament com formació com aquests mitjans econòmics que hauran d'acreditar per a assegurar una autorització de residència**. Sense aquest suport en la major part de casos serà impossible obtenir-los la residència i **els joves es veuran avocats a la irregularitat**, i la possibilitat ben real d'apertura d'un procediment d'expulsió de l'art. 53.1.a) LODILE.

5.3.- La interpretació de la STS d'1 de febrer de 2019 sobre el còmput i les fonts dels ingressos propis en el trànsit a la majoria d'edat. Anàlisi, crítica i problemes que planteja

Com hem vist, en el pas de la minoria a la majoria d'edat, els joves passen a regir-se abruptament pel règim d'estrangeria amb escassos paliatius (arts. 196 i ss REDILE). És en aquest punt on la normativa comença a traslladar els requisits i les lògiques d'estrangeria a aquests joves que tot just acaben de deixar de ser formalment menors. En aquest trànsit és cabdal doncs la substitució de la lògica de residència-formació/treball per la de treball-residència. Sota la lògica d'estrangeria, els adults han de treballar (o tenir uns ingressos suficients) per mantenir-se regularment al territori, de manera que el permís de residència és expedit i renovat si compten amb mitjans de vida propis o s'han integrat al mercat laboral.

Sense configurar pròpiament un règim de transició, els arts. 197 REDILE i 198 REDILE permeten una certa prolongació temporal dels efectes del règim anterior de menors tutelats atenuant una mica el rigor de les exigències generals per a adults. Així, dins el marc de l'estricta compliment de l'art. 35.9 LODILE (fins i tot sense explotar tot el seu potencial) aquestes dues disposicions reglamentàries permeten atenuar l'exigència de recursos econòmics pel propi sosteniment dels joves, reduint la quantia dels ingressos necessaris per a obtenir un permís de residència no lucratiu (un 100% IPREM contra el 400% IPREM que es requereix per a una residència no lucrativa ordinària⁴³). Com hem dit anteriorment, pocs dels joves que han passat pel circuit de protecció poden accedir directament a un contracte laboral, per tant la única manera de mantenir-los com a residents regulars és mitjançant l'aportació d'ajuts públics o privats per un valor equivalent a l'IPREM (que al 2020 eren uns 537,84 €/mes), generalment vinculats al compliment d'un pla personal d'inserció socio-laboral, que com hem descrit anteriorment s'ofereix en el marc d'un programa educatiu-formatiu de caràcter no reglat però orientat a la seva inserció al mercat laboral. Aquests dos preceptes reglamentaris, tot i que ben intencionats, no resolen el problema de la dependència dels menors, només n'atenuen la quantia dels ingressos, però com diem no constitueixen

⁴³ Val a dir que en els casos en que els joves no poden acollir-se al règim atenuat dels arts. 197 i 198 REDILE i passa a equiparar-se al règim general de residència no lucrativa, l'exigència del 400% IPREM és desproporcionada doncs s'aplica el mateix tractament que als jubilats estrangers que residèixen amb la seva pensió de jubilació o uns ingressos fixos molt superiors als que podrien obtenir aquests joves, cal recordar que entre aquests aproximadament 2.100 Euros mensuals que es requereixen i els aproximadament 1319 en 14 pagues que eren el salari mitjà d'acord amb l'INE al 2018, hi ha una gran diferència, i les situacions no són gens equiparables.

l'únic desenvolupament possible sota l'art. 35.9 LODILE, i ni tan sols el més favorable als joves.

Pitjor, la seva redacció deixa obert un flanc crític, no està prevista expressament per al còmput dels ingressos propis la inclusió dels ajuts o recursos de caràcter social, tant públics com privats. Això és un error en la mesura que el patró general a l'àmbit d'estrangeria és evitar computar-los per a l'atorgament d'autoritacions (per exemple residència no lucrativa) o les renovacions dels permisos. Cal distingir aquí entre les pensions i prestacions de caràcter contributiu pròpies de la Seguretat Social, per exemple, la prestació per desocupació de les prestacions socials o de benestar social. Aquestes darreres habitualment no computen per a la renovació dels permisos, doncs la lògica d'estrangeria és que en general cal impedir la residència d'estrangers laboralment improductius o exclusivament dependents dels serveis socials (una consideració aplicable fins i tot als ciutadans comunitaris, *STJUE* d'11 de novembre de 2014 *Dano v. Alemanya*, assumpte C-333/13).

Aquest silenci ha permès que la STS d'1 de febrer de 2019 (Sala 3^a. Secció 5^a, recurs 3141/2017⁴⁴) que va rebutjar el còmput com a recursos propis en quantia equivalent al 100% de l'IPREM els recursos procedents de l'assistència social de caràcter públic, en una Sentència fortament discutible, doncs la situació dels menors no acompanyats en transició a l'edat adulta no pot equiparar-se ni en la seva lògica ni en la seva regulació específica a la de la resta d'estrangers adults que resideixen al nostre país. És a més a més, una Sentència que desconeix l'enorme greuge comparatiu que es genera en relació als joves estrangers que viuen en família i que poden renovar les seves autoritzacions podent comptar amb els diners aportats pels pares; i també perquè els avoca a treballar prematurament i obstaculitza seriosament qualsevol possibilitat de continuar els seus estudis, que és l'objectiu que el sistema hauria d'impulsar en el cas dels joves entre 18 i 21 anys enlloc de forçar-los a treballar prematurament i amb una formació escassa. El Tribunal Suprem va realitzar una lectura molt restrictiva i sense contextualitzar socialment el silenci del reglament i va optar per la seva exclusió. Aquesta interpretació del màxim òrgan judicial ha complicat enormement la protecció dels joves en deixar el circuit d'intervenció existent fins al moment sense una de les seves baldes essencials. De fet, la realitat pràctica que les entitats de la Xarxa traslladen és que una gran part de les renovacions acaben denegades⁴⁵.

Potser la Sentència el que fa més que mai evident és que aquesta fórmula de l'art. 197 REDILE (i per extensió de l'art. 198 REDILE) és completament inadequada per facilitar la integració sociolaboral dels menors. Intentarem proposar algunes solucions parcials i a curt termini, però cal plantejar clarament una reformulació dels arts. 197 i 198 REDILE així com de la seva lògica, sense deixar de pensar en una reforma més ambiciosa de l'art. 35 LODILE, que comentarem en detall en els següents apartats.

⁴⁴ Trobem un precedent en la Sentència N° 1155/20218 del Tribunal Suprem, Sala de lo Contenciós, Secció 5, Rec 2393/2017 de 9 de juliol de 2018.

⁴⁵ Entre els problemes afegits es troba el brusca canvi de pràctiques per part de les Sotsdelegacions, doncs anteriorment fins i tot es considerava en algunes ocasions que l'informe d'arrelament social ja era suficient per a demostrar la disponibilitat de mitjans i no es demanava el detall dels ingressos equivalents al 100% IPREM. A Barcelona, a més el canvi de criteri de Sotsdelegació es va produir al març de 2020 en plena crisi del Covid19.

5.4.- Els problemes que afronta l'oferta de programes de formació laboral per a menors i joves estrangers en situació irregular.

Com hem apuntat anteriorment, la possibilitat de reconduir alguns grups de menors i joves estrangers sense referents familiars cap als itineraris de formació reglada és força difícil, sigui per les dificultats que sorgeixen per a integrar-se als circuits educatius formals, sigui perquè han entrat en el sistema de protecció tard, amb edats properes als 18 anys. Emergeix així un grup heterogeni de nois amb diferents perfils compostat per aquells que bé disposen d'un permís de residència (B.3), d'aquells que no l'han obtingut abans d'aquesta edat (B.2), o fins i tot si no s'ha arribat ni tan sols a rebre més que una atenció d'urgència però no hi ha hagut una declaració formal de desprotecció i tutela (B.1), un grup però que comparteix un mateix problema: el greu risc que a partir dels 18 anys puguin caure en la irregularitat, i en conseqüència dins els circuits d'exclusió i precarietat que aquesta comporta, lògicament aguditzat per la seva condició de persones extremadament joves.

En aquestes circumstàncies, la pressió augmenta per a les **Administracions i entitats socials que els acompanyen per tal de cercar fórmules** que permetin reconduir aquestes situacions amb la màxima celeritat i que superin els obstacles jurídic-administratius que afronta qualsevol intervenció en aquest àmbit. Aquests obstacles es plantegen: primer, per la normativa de protecció laboral que és força estricta en la distinció entre activitats formatives de caràcter pràctic i prestació laboral pròpiament dita, donant lloc a importants sancions laborals a les empreses que no delimiten bé aquestes activitats; segon, per la relativa indefinició (i regulació canviant) sobre si els joves estrangers poden accedir i en quines condicions a la realització d'activitats formatives orientades a l'accés al mercat laboral, siguin educatives o laborals (formació ocupacional); i tercer, per la manca de detall en la regulació dels programes d'educació no reglada, especialment aquells que transiten entre l'àmbit educatiu i de treball així com algunes activitats en el marc dels mateixos (formació 'in situ', pràctiques a empreses). A aquests obstacles, s'afegeix la dificultat ja apuntada que pels joves suposa transitar fluidament entre els itineraris educatiu i formatiu, però sobretot, i com a quart obstacle, la confluència d'un règim jurídic de transició a l'edat adulta amb serioses limitacions, accentuades com hem vist per la STS d'1 de febrer de 2019, que avoca sobre els menors tota la pressió de la legislació d'estrangeria prevista pels adults, especialment els irregulars.

Això ha generat l'aparició de programes educatius no reglats que en realitat persegueixen una formació orientada a l'accés al mercat laboral accessibles pels joves que no poden accedir als itineraris reglats o laborals existents. L'avantatge d'aquests programes és que en situar-se sota la cobertura de l'acció educativa poden accedir-hi totes els menors i joves estrangers que no poden seguir altres itineraris educatius o formatius, doncs tots els menors tenen dret a la educació post-obligatòria fins els 18 anys, i els adults no tenen dret però res impedeix que es beneficiïn de programes educatius (arts. 91 i 9.2 LODILE i STC 236/2007), tanmateix però pateixen el problema derivat de configurar-se com a itineraris no reglats del sistema educatiu: la seva cobertura legal és menys detallada aspectes clau, com les condicions d'accés i seguiment dels mateixos (destacadament, la realització de pràctiques educatives) no estan tan bé regulades com a la educació reglada. En un context en el que no deixa d'augmentar el nombre de menors que arriben amb edats compreses entre els 16,5 anys i 17 anys, des d'una perspectiva de protecció i integració social les intervencions de formació i

d'inserció laboral esdevenen més urgents, **forçant a Administracions i entitats socials a oferir programes d'educació no reglada amb la finalitat d'orientar i facilitar la inserció laboral posterior**, programes sotmesos a notables restriccions imposades tant per la normativa laboral com per la d'estrangeria.

5.5.- La difícil distinció entre pràctiques formatives de caràcter educatiu o laboral

Quan parlem de pràctiques formatives cal partir de la distinció entre aquelles pràctiques que tenen una finalitat principalment d'aprenentatge i que situem dins dels programes educatius d'aquelles pràctiques que estableixen una relació laboral tot i que les mateixes s'orientin a l'adquisició de coneixements i experiència pràctica en l'entorn laboral. Els problemes sorgeixen pel fet que la valoració de si som davant un tipus o l'altre es farà a la vista de les circumstàncies concretes en que es desenvolupin les mateixes, i no de la qualificació que les parts els hi hagin donat, per evitar que les pràctiques s'utilitzin indegudament i fraudulentament per a establir prestacions laborals sota un règim diferent pel que fa a salari, protecció del treballador, etc..

Les pràctiques formatives incardinades dins un itinerari educatiu cauen en principi sota l'article 9 de la LODILE. i que, per tant, no cal el permís de treball. Les pràctiques formatives incardinades dins un d'un itinerari educatiu cauen en principi sota l'article 9 de la LODILE, per tant no cal per a la realització d'aquestes una "autorització de treball". Una altra cosa és disposar d'una "autorització de residència": conforme a l'art. 9 de la LODILE, i tal i com s'ha dit en l'apartat 4, punt 4.1, i en l'apartat 6, punt 4.2 d'aquest informe, s'ha de recordar que la normativa habilita als menors estrangers regulars o irregulars a seguir programes educatius obligatoris o post obligatoris (la falta d'un document o targeta que acrediti la residència no hauria d'implicar la impossibilitat de realitzar aquests programes); altra cosa són els estrangers "majors d'edat" que careixen de l'autorització de residència, en aquests casos, aquest informe defensa la possibilitat en el marc de la legislació actual, que els poders públics puguin emparar l'adopció de programes formatius no reglats, per exemple en el marc de programes d'integració social o formatius, justament per poder-ser arrelar a la societat, on no es requereix autorització de residència.

En tot cas, per fer una pràctica formativa no laboral sense l'emparament d'una autorització de treball, i així evitar que es pogués deduir que en veritat la pràctica formativa està emparant la realització d'un treball pel qual no es té l'autorització de treball, és oportú la concurrència dels següents factors: primer de tot, que hi hagi la figura del "tutor" referent entre la relació alumne – empresa, de manera que trobem el tutor de l'empresa que és la persona encarregada de formar i valorar l'alumne, i el tutor de les pràctiques que és el professor del centre educatiu encarregat de fer el seguiment i valorar l'evolució de l'alumne que serà el que realitzarà l'informe final. Segon, cal tenir present en tot moment que es tracta d'un projecte formatiu que l'alumne posa en pràctica tot el que poc a poc va aprenent durant el curs i és el primer pas per posar-se en contacte amb el món del treball i l'empresa. I per últim, i el que pot donar confusió amb les practiques laborals, és que la llei estableix que pot haver-hi retribució però no es obligatòria. A més a més, els alumnes disposen d'una assegurança escolar en el moment en què es matriculen i que durant la seva estada amb pràctiques es complementa amb una assegurança d'accidents. A les pràctiques formatives de caràcter educatiu no hi ha relació

laboral raó per la qual no cal permís de treball. És veritat que aquells menors que tinguin autorització de residència, no els caldrà autorització per a treballar d'acord amb l'art 41.j LODILE i la Instrucció 1/2020 de la Secretaria d'Estat de Migracions, i per tant per a poder realitzar qualsevol tipus de pràctiques, tant educatives com laborals (si bé aquestes s'hauran de formalitzar amb un contracte laboral dels que comentem al següent paràgraf). Però, si ens trobem amb menors no tutelats o sense autorització de residència, llavors només podran cursar aquelles pràctiques formatives que siguin de naturalesa i pròpies de l'itinerari educatiu.

Encara pot resultar més complexa la situació quan el centre educatiu dins un cicle de formació professional signa un conveni de col·laboració amb una empresa, doncs aquests estudis tenen per objectiu la formació orientada a la inserció posterior al mercat laboral, i per això combinar la teoria amb la pràctica durant el temps que dura el cicle pot ser fonamental per garantir una bona inserció laboral. D'entrada en aquest conveni formatiu hi ha de constar la modalitat de formació i de contractació, l'horari, data d'incorporació i períodes d'estada a l'empresa, la persona designada com a tutora per l'empresa i les activitats formatives que l'alumne aprenent desenvoluparà. Per aquest motiu, el conveni de formació que l'empresa tingui amb el centre així com el pla de formació establert pel noi i les condicions de les pràctiques són elements fonamentals per a qualificar la relació com d'activitat formativa de naturalesa educativa o com a prestació de caràcter laboral, i llavors s'haurà de situar sota el règim del contracte laboral de pràctiques. Si aquesta distinció no es realitza de manera clara l'empresa s'exposa a que en el marc d'una inspecció laboral se'ls puguin obrir tants expedients infractors com nois indegudament en pràctiques es trobin, a banda que si no disposessin d'autorització laboral es pogués considerar també la concurrència d'una infracció d'estrangeria. Ateses les greus implicacions d'aquesta distinció i les dificultats pràctiques que distingir unes d'altres genera, abordarem aquesta situació entre les proposta de solució de l'Apartat VI.

Per contra, si parlem d'un contracte laboral en pràctiques estem parlant de contracte de treball estem dient aleshores que hi ha una relació laboral entre empresa i treballador i que, per tant, és necessari que el treballador tingui autorització de residència i treball; hi hagi un salari i la corresponent cotització a la Seguretat Social. Justament, és a aquest tipus de pràctiques a les que d'una manera bastant confusa es refereix l'Estatut dels Treballadors quan estipula que el contracte de pràctiques formatives és aquell que té per objecte “la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”. Aquest tipus de contractes celebrats pels nois i noies de entre 16 i 25 anys (que és la franja d'edat al voltant de la qual es plantegen totes aquestes situacions). I diem que és confús perquè en mencionar el sistema educatiu es pot confondre amb les pràctiques pròpies del sistema educatiu que són diferents a un contracte laboral de pràctiques celebrat amb un estudiant que segueix una formació vinculada a l'objecte de les pràctiques.

6. Algunes propostes per a millorar o reduir els problemes jurídics dels joves i menors en l'accés a la ocupació

Les **propostes de solució** s'articulen entorn a tres grups de mesures de caire jurídic: d'una banda, es plantegen un seguit de modificacions del marc normatiu actual; de l'altra, es proposa la reinterpretació d'un seguit de disposicions actuals per tal de millorar el règim d'accés al mercat laboral dels menors i joves; finalment, s'ofereixen algunes orientacions per a les entitats que ofereixen pràctiques formatives als menors i joves a fi i efecte d'ajustar-se al màxim a les exigències actuals de la inspecció laboral i evitar sancions per considerar-les activitats laborals encobertes. L'estudi incorpora algunes línies d'orientació estratègica i de prioritització en la formulació d'aquestes propostes normatives, per tal de generar un debat posterior de les mateixes en el procés participatiu posterior a la presentació de l'estudi, de manera que les mateixes es puguin mantenir dins l'estudi o convertir-lo en un document de planificació i acció diferenciat. A tall, d'exemple, es considera que hi ha accions que no depenen més que de les entitats modificar, com el règim de convenis, i que es poden activar immediatament; d'altres, en canvi poden requerir d'una acció de caire més polític per tal de traslladar-les en forma de demanda a altres institucions, com les suggerències de reinterpretació de determinades disposicions normatives o, en darrer cas, de modificació de determinades normes. Això, no obstant, dependrà de la conjuntura política doncs es preveu la reforma d'algunes disposicions rellevants en aquest àmbit en el futur immediat, la qual cosa pot obrir finestres d'oportunitat per a canvis de més profunditat i abast.

6.1. La necessitat de promoure la declaració preventiva de desemparament com a mesura inicial, cautelar i protectora que permet que la tutela desplegui tots els seus efectes

En apartats anteriors hem apuntat que la declaració preventiva de desemparament no sembla estar prevista de manera específica a la normativa catalana per a la seva aplicació als menors immigrants no acompanyats, però creiem que cal replantejar aquesta interpretació o eventualment modificar la seva formulació a la llei per a clarificar que aquesta opció també existeix, i fins i tot és aconsellable en termes generals per a la protecció efectiva dels interessos superior dels infants o adolescents que integren aquest col·lectiu.

En conseqüència, quan concorrin circumstàncies que ho facin aconsellable a l'efecte de protegir l'interès superior del menor (resulta aplicable al supòsit dels infants i adolescents immigrants sols), l'Administració, sense necessitat de tramitar o completar la tramitació de procediment, pot acordar mitjançant resolució motivada la situació provisional de desemparament i, per tant, assumirà de forma automàtica la tutela de menor. Un cop assumida la tutela provisional del menor l'Administració estaria habilitada per a adoptar mesures de protecció que impliquin la separació del menor de la seva família, desplegant la tutela tots els seus efectes. Es tracta d'una mesura de protecció de caràcter provisional en tant es verifica el desemparament, que permet que la tutela desplegui tots els seus efectes.

El Tribunal Europeu de Drets Humans ha estimat "*que el recurs a un procediment d'urgència per allunyar els nens es pot considerar una mesura proporcionada i necessària*" en una societat democràtica "*per a la protecció del menor i, per tant, és conforme amb el art. 8 del Conveni*". D'altra banda, el Tribunal admet que quan s'acudeix a aquest procediment pot prescindir del tràmit d'audiència als pares "*quan es percep que els titulars de la guarda representen una amenaça immediata per al menor*" (STEDH de 9 de maig 2003, assumpte

Covezzi i Morselli contra Itàlia, Aps. 105, 107 i 108 (TEDH 2003 \ 24); STEDH de 14 de gener 2003, assumpte KA contra Finlàndia, Ap. 112 (JUR 2003 \ 50027).

D'aquesta manera es tracta que l'Administració pugui adoptar totes les mesures cautelars que siguin necessàries per assegurar la immediata assistència i protecció del menor. Un cop acordades les mesures que la gravetat del cas aconselli, l'Administració ha d'iniciar o prosseguirà la tramitació de procediment ordinari, que finalitzarà amb una resolució mitjançant la qual es confirmarà la declaració de desemparament o, si escau, es declararà l'extinció de la tutela inicialment constituïda i el cessament de les mesures provisionals que hagin pogut adoptar.

L'Administració ha d'expressar en la resolució per la qual declara de forma provisional la situació de desemparament, les raons per les quals existia en aquell cas un risc per al menor que aconsellava la intervenció administrativa urgent i immediata. La resolució administrativa per la qual es declari el desemparament provisional serà comunicada al Ministeri Fiscal i notificada a les persones responsables del menor (pares, tutor o guardador), a el propi menor i altres interessats. En la notificació se'ls ha de citar perquè compareguin en el procediment que a continuació tramitarà l'Administració, dirigit a confirmar o no la situació de desemparament per la via procedimental ordinari. Els interessats podran interposar els recursos pertinents enfront de la resolució administrativa per la qual es declara de manera provisional la situació de desemparament del menor.

De forma general, com s'ha dit, els legisladors autonòmics han contemplat, com a mesura cautelar, la declaració provisional de desemparament a l'efecte que atribuïda ex lege la tutela a l'Administració aquesta pugui adoptar amb caràcter urgent les necessàries mesures de protecció.

Així doncs es proposa donar un pas endavant, i passar de l'atenció immediata d'aquests infants i adolescents immigrants sols, recollida a l'article 110.2 de la LDOIA a la resolució provisional de desemparament (desemparament preventiu), com a mesura cautelar inicial i de protecció, en tant es verifiqui el desemparament, i que permet que la tutela desplegui tots els seus efectes (funcions tutelars de l'article 109.1 de la LDOIA), entre els quals es destacaria la possibilitat d'avançar a aquest moment cautelar inicial, la tramitació, per part de l'organisme de protecció, de la documentació corresponent de l'infant o adolescent.

El desemparament preventiu, com a mesura cautelar preferent adoptada formalment mitjançant resolució administrativa de la DGAIA, i tot i que per definició és temporal i transitòria, implica, l'assumpció de funcions tutelars (article 109.1 de la LDOIA); garanteix el dret del menor al nomenament de tutor i representant legal previst en l'apartat V.b) de la Observació general número 6 del Comitè dels Drets del Nen de les Nacions Unides; habilita per a que és computi des de l'inici el temps per a la tramitació de la corresponent documentació estrangera; i permet avançar, a aquest moment cautelar inicial, la tramitació, per part de l'organisme de protecció, de la documentació corresponent de l'infant o adolescent.

Em conclusió, la mesura de desemparament preventiu, enlloc de l'atenció immediata que s'està realitzant actualment, desplega efectes des del moment que es dicta, implica

l'assumpció de funcions tutelars, i atorga plena representació legal a la DGAIA per gestionar la documentació que sigui necessària, i és computable als efectes de còmputos tant a efectes de prestacions, ajudes, etc...

En conseqüència, l'atenció immediata s'hauria d'aplicar, de manera excepcional i tant sols pel temps mínim indispensable, atenent les circumstàncies concretes de cada cas, a la regla general de la declaració del desemparament preventiu com a mesura cautelar que atorga més garanties i protecció jurídica en situacions de desprotecció pendents de confirmació.

Un cop exposada materialment l'alternativa, passariem a analitzar la viabilitat formal de la mateixa, és a dir, com hauria de desenvolupar-se tenint present el marc legal vigent.

Doncs bé, formalment seria possible que la DGAIA, en el marc de la seva competència adoptés unes directrius generals d'actuació, adreçades a tot el seu àmbit orgànic i funcional, amb possibilitat d'entrada en vigor de manera immeditada, i que regulés directament l'expedient de desemparament infants i adolescents migrats no acompanyats, de conformitat amb l'establert als següents articles: primer, l'article 22.1.c) de la LDOIA, que determina que el Departament competent en la matèria ha d'establir les directrius i els procediments generals d'actuació dels serveis especialitzats d'atenció als infants i els adolescents; segon, **l'article 143.1 del Decret 289/2016, de 30 d'agost, de reestructuració del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies**, per la seva banda, determina les funcions de la DGAIA (elaborar les directrius en l'àmbit de competències del desemparament; protegir i assumir la tutela dels infants i els adolescents desemparats i disposar i executar les mesures d'atenció necessàries per a cadascun d'ells i gestionar els serveis necessaris per a la seva efectivitat i; definir i establir les directrius i els procediments generals d'actuació dels serveis especialitzats d'atenció a la infància i l'adolescència); tercer, **l'article 7 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya**, preveu que els òrgans administratius exerceixen les seves competències sota la supervisió de l'òrgan de què depenen jeràrquicament, que pot emetre instruccions i circulars o ordres de servei per fixar els criteris per a l'aplicació de les normes jurídiques en l'exercici de les seves funcions i per al funcionament dels serveis.

Amb posterioritat a la presentació de la proposta realitzada en aquest apartat, la DGAIA ha publicat la Directriu General d'Actuació 6/2020 per la qual es regula la gestió de l'expedient de desemparament dels infants i els adolescents immigrants no acompanyats.

En el contingut del seu text es reserva un apartat específic, concretament el 5, que tracta sobre la "*Documentació del menor d'edat i altres gestions documentals*". I, en el seu subapartat 5.1 "*Documentació d'identitat i cèdula d'inscripció*" es recorda expressament la **responsabilitat i l'obligació legal que tenen els òrgans competents de la DGAIA de garantir en tot moment que els joves nouvinguts disposin de la documentació necessària, i que aquesta es robi en vigor. De la mateixa manera també recorda l'obligació legal que tenen aquests òrgans de supervisar i/o gestionar, afegim a títol propi "d'impulsar, tramitar i controlar, sense cap mena de dilació o demora indeguda, ja que aquestes impacten negativament en la protecció dels interessos superiors d'aquests joves migrats sols, al generar retard i/o pèrdua de drets derivats de la seva**

documentació, que són considerats perjudici objectiu en responsabilitat patrimonial de l'Administració“ les sol·licituds oportunes.

D'acord amb el contingut literal del text de la Directriu DGAIÀ 6/2020:

Els òrgans competents de la DGAIÀ han de garantir en tot moment que els joves nouvinguts disposin de la documentació necessària, i que aquesta es trobi en vigor.

Amb raó d'aquesta responsabilitat, aquests òrgans estan obligats a supervisar i/o gestionar, segons els casos, les sol·licituds oportunes. L'òrgan competent de la DGAIÀ pot assignar aquesta tasca als seus propis equips, a institucions o entitats externes, en el marc del conveni i/o contracte administratiu corresponent i/o a les persones en qui està delegada la guarda de la persona menor d'edat.

Les persones en qui està delegada la guarda tenen la obligació de revisar la situació documental de cada jove, garantir la conservació de la documentació i promoure, quan pertorqui, les actuacions dirigides a la seva obtenció, renovació i custòdia.

Quan així estigui establert, el/la director/a del centre on ingressa l'infant o adolescent, en el moment en que constaten que la persona menor d'edat o jove no posseeix la documentació necessària, o que no està en vigor, ha de sol·licitar l'obtenció o renovació de la mateixa, sempre sota la supervisió de la DGAIÀ, atesa la condició de tutora que té de tots els infants i adolescents que es troben en el nostre sistema de protecció”.

6.2. Algunes propostes de solució a les dificultats de renovació de les autoritzacions de residència i treball

Els problemes descrits anteriorment recomanen explorar les possibilitats que ofereix la reforma d'algunes de les disposicions de la normativa d'estrangeria actual, algunes són necessàries com la incorporació de l'exempció de l'autorització laboral (art. 41.1.j LODILE) que encara no incorporada ha estat incorporada a l'art. 196.4 REDILE tot i que es va incloure a la llei al 2013 i que la Instrucció de la Secretaria d'Estat d'Immigració la incorpora i n'extreu les conseqüències, però una Instrucció no és l'instrument normatiu adequat per a operar una modificació del Reglament. Les que aquí proposem tenen per objecte facilitar la desactivació d'alguns dels problemes identificats amb els menors, fins al punt que només amb algunes d'elles es produirien canvis substantius del règim dels menors:

Evidentment algunes propostes es poden considerar de màxims, com la reforma de la Llei Orgànica, per exemple, que requereix majoria absoluta a Les Corts estatals, però admet també un plantejament de mínims que podria limitar-se a la modificació de tres articles reglamentaris, concretament els arts. 196, 197, 198 del Reglament d'estrangeria. Fins i tot podria assolir-se un potencial resultat transformador de la situació actual limitant-se a les següents modificacions del Reglament d'Estrangeria: una modificació tècnica de l'art. 194.3 REDILE per tal de seqüenciar i agilitar l'obtenció de la residència un cop es renuncia a la repatriació; la modificació de l'art. 196.5 REDILE per augmentar la duració de l'autorització de residència renovada a dos anys; la modificació de l'art. 197 i 198 REDILE per tal que en

el còmput del 100% IPREM reglamentàriament es reconegui la possibilitat de computar totes les prestacions contributives i no contributives, així com els ajuts de les administracions públiques i entitats privades en el marc de programes d'inserció-sociolaboral i a la progressió i el compliment del menor dels objectius fixats en aquests programes i/o plans individuals. Eventualment es pot valorar la modificació dels art. 197.2 i 198.2 REDILE per tal d'assegurar que la renovació de les mateixes fins els 21 anys segueix aquests mateixos preceptes. Es fa evident, doncs que el ventall d'opcions per a abordar canvis normatius que estabilitzin la situació dels menors és ampli.

A l'Annex 5 s'ofereix un llistat de possibles esmenes de diversos preceptes legislatius, reglamentaris i de les instruccions. Aquelles propostes s'estructuren al voltant de **quatre objectius**: primer, plasmar a la normativa un autèntic règim de transició cap a la plena aplicació del règim d'estrangeria d'adults pels menors i joves estrangers sols al nostre territori i que han estat sota la protecció de les Administracions que comprendria entre els 18 i els 21 anys un règim que està implícit en la pròpia redacció actual de l'art. 35.9 LODILE; segon, modificar la normativa per facilitar el pas de l'exempció de l'autorització laboral actual que gaudeixen els menors en règim de protecció cap a una autorització de residència i treball desvinculada d'una oferta laboral (i menys d'una oferta laboral d'un any de duració), o fins i tot la substitució de la primera per la segona quan encara són menors tot minimitzant l'impacte de la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre el còmput dels ingressos propis; tercera, facilitar l'accés dels joves entre 18 i 21 anys que manquen una autorització de residència en assolir la majoria d'edat a una autorització de residència i a la formació laboral que pugui facilitar-los una autorització de treball; quarta, en coherència amb aquest règim transitori s'inclouen algunes modificacions de la Ordre TAS/3698/2006 per tal de facilitar al mateix temps el ple l'accés de menors i joves als serveis d'ocupació, i per tant, a la orientació laboral, els cursos d'inserció laboral i a les ofertes de treball que gestionen aquests serveis per tal de transcendir el marc de formació de caràcter educatiu.

Aquesta pluralitat d'objectius es tradueix en un llistat relativament ampli de propostes de reformes normatives, que pot semblar excessiu però que permet perfectament donar preferència a uns objectius sobre altres, tot salvant la coherència interna de les propostes, que es troben interrelacionades o es complementen (per exemple, la modificació de l'art. 198 REDILE amb la proposta de modificació de la Disp. Add. 2^a de l'Ordre TAS/3698/2006).

6.3. Pràctiques laborals i possibles línies de solució i disminució de conflictivitat amb la inspecció laboral

6.3.1.- Sobre la possibilitat d'estendre l'accés a la formació de caràcter educatiu als joves adults sense autorització de residència en virtut dels art. 9.3 i 35.3 LODILE com a activitats socio-formatives dirigides a la seva millor integració social.

Com hem avançat ja en parlar del dret a la educació dels menors i joves, front el que de vegades sembla afirmar-se d'una ràpida lectura de l'art. 9 LODILE no només els menors de 18 anys poden rebre serveis educatius de caràcter públic. És cert que tant l'art. 9.1 LODILE i la STC 236/2007 sostenen el dret a la educació dels menors de 18 anys però això no vol dir que els estrangers majors d'edat no puguin, o bé tenir dret a la educació en les mateixes

condicions que els espanyols si són residents regulars, tal i com apunta l'art. 9.2 LODILE o bé gaudir de la oferta educativa específica que els puguin oferir les Administracions encara que siguin estrangers adults en condició irregular, doncs que no tinguin un dret fonamental o un dret legal a l'accés a aquesta formació no vol dir que els poders públics no hagin d'oferir-los l'accés a aquells itineraris educatius que la legislació educativa contempli oferir-los d'acord amb l'art. 9.2 (tot i que la legislació educativa en general reenvia de nou a la LODILE en aquest punt), però a més a més, aquestes actuacions no només tenen cobertura legal si no que són exhortades per l'art. 9.3 LODILE que imposa als poders públics promoure que els estrangers rebin aquells ensenyaments que puguin contribuir a millorar la seva integració social. La cobertura i abast d'aquesta previsió es complementa amb la de l'art. 35.9 LODILE que preveu expressament que les Comunitats Autònomes desenvoluparan les polítiques necessàries per tal de possibilitar la inserció dels menors en el mercat laboral quan assoleixin la majoria d'edat. Aquest precepte no pot llegir-se com una habilitació limitada a oferir educació i formació mentre siguin menors sinó també quan arribin a la majoria d'edat, i justament per a assegurar la seva inserció al mercat laboral. Hem apuntat també que sobre aquesta base legislativa de l'art. 9.3 LODILE que vincula l'accés a la formació amb la integració social i per tant amb els serveis i prestacions socials, es pot sostenir la facultat de les Administracions autonòmiques i fins i tot locals per a establir programes que millorin la integració de les persones estrangeres adultes i irregulars, reforçant la capacitació i formació (STC 17/2018, quatre vots particulars STC 18/2017).

Aquesta perspectiva permet ampliar el camp d'acció de les Administracions tant per oferir programes específics de formació als joves, i fins i tot permet anar més enllà si es combina amb una reforma dels arts. 196, 197 i 198 REDILE. Sobre el primer aspecte, val la pena senyalar que sobre la base dels arguments anteriors, pot sostenir-se el caràcter socio-educatiu (i per tant dotat de plena cobertura sota l'art. 9.1 i 9.3 LODILE) de les actuacions i itineraris formatius postobligatoris orientats a la formació i introducció al mercat laboral dels joves, encara que el seu caràcter no sigui reglat, sempre i quan les activitats pràctiques de caràcter formatiu a les empreses no es puguin qualificar d'activitats laborals subjectes a contracte, d'acord amb la jurisprudència en aquesta matèria i la praxi de la inspecció laboral, que s'enumeren succintament a continuació. Pel que fa als arts. 197 i 198 REDILE, com hem apuntat en clau de proposta, pot considerar-se que no aprofiten suficientment la cobertura que ofereix l'art. 35.3 LOE, restringint innecessàriament les possibilitats que el mateix oferia per a l'establiment d'un règim transitori pels joves d'accés al mercat de treball. Els programes formatius no reglats promoguts per les administracions locals i autonòmiques directa, o indirectament a través del tercer sector, podrien si es reformessin aquests preceptes comptar amb un ancoratge jurídic perfectament respectuós de la LODILE però que permetés accedir als joves a itineraris educativo-formatius, a la formació ocupacional o d'oferta, i en funció de la pròpia regulació fins i tot estendre la cobertura normativa per a que poguessin realitzar pràctiques laborals, sense les complicacions actuals lligades a la demostració d'ingressos propis i a la disposició d'una autorització laboral.

6.3.2. Diferenciació entre realització de pràctiques educatives i activitats sotmeses al règim laboral.

A fi de diferenciar entre el que és una prestació de serveis (és a dir, d'una aportació per una persona d'una feina, activitat o esforç a una altra) sotmesa al Dret del Treball, i el que és una activitat pràctica o formativa realitzada per alguna persona en una empresa promoguda des d'una institució pública, generalment de caràcter educatiu, podem començar recordant que quan una persona ofereix una prestació de serveis a una altra aquesta relació està sotmesa al Dret del Treball; dit d'una altra manera, se li aplica el règim jurídic laboral quan en la prestació concorren els requisits que estan regulats al Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (ET).

D'acord amb l'art. 1 ET, s'aplica en general la legislació laboral o de Dret del Treball, i en particular aquella llei, "als treballadors que voluntàriament prestin serveis retribuïts per compte d'altri i dins de l'àmbit d'organització i direcció d'una altra persona, física o jurídica, anomenada ocupador o empresari". Per tant, quan una persona (a la que anomenarem part treballadora) de forma voluntària realitza un treball o presta un servei per una altra (a la que anomenem part empresarial) a canvi d'una retribució, però en un marc organitzatiu i directiu d'aquesta última, i per compte aliè, és a dir en benefici de la part empresarial que és qui, al cap i a la fi, assumeix el risc de l'activitat econòmica i empresarial i n'obté els fruits del treball del treballador, s'aplicarà a aquesta relació entre ambdues parts el Dret del Treball.

De fet, un treball o prestació de serveis d'una persona per una altra té la qualificació de relació laboral (a la que és aplicable el Dret del Treball) quan concorren els requisits vistos anteriorment: voluntarietat de la part treballadora, retribució pel servei realitzat, prestació per compte d'altri i realització del treball conforme a les directrius organitzatives i directives d'altra persona (requisit, aquest últim, que és coneix com a subordinació o dependència de la prestació de serveis del treballador a les directrius de l'empresari).

De forma específica, cal subratllar que entre els requisits vistos per ser aplicable el Dret del Treball a una prestació de serveis, dos són particularment importants: el primer, i de forma simplificada, és quan una persona treballa per compte d'altri (per compte aliè); això vol dir que els fruits de la prestació de serveis sempre els obté l'empresari, no la persona que treballa; també concorre aquesta situació de treball per compte aliè quan el risc que tota activitat econòmica genera i en la qual s'emmarca la prestació del servei va a càrrec de l'empresari, no de la persona treballadora; i finalment, també es veu la concurrència d'aquest requisit, quan el treballador presta els seus serveis amb els estris i/o maquinària propietat de l'empresa, o fa el seu treball en el marc d'un local o equipament propietat d'una altra persona. Respecte del segon requisit a subratllar, és quan la persona que presta el servei ho fa de forma dependent d'una altra (l'empresari). La concurrència d'aquest requisit es fa palesa quan el prestador de serveis ha de realitzar-los dins un horari determinat, en un determinat centre, seguint les indicacions de la part empresarial sobre la productivitat exigida, i sotmès, també, a la capacitat de ser sancionat per l'empresari.

Dintre de la tipologia de contractacions laborals, s'ha de cridar l'atenció a l'existència de dos **contractes de treball** que, com hem vist, poden resultar fronterers amb les pràctiques formatives en empreses que es tractaran més endavant, i que poden generar confusió amb aquestes:

1. Un es el contracte de treball de caràcter formatiu “en pràctiques” regulat a l’art. 11.1 de la Llei de l’Estatut dels Treballadors. L’objectiu d’aquest contracte de treball és que la persona que sigui contractada com a part treballadora posi en pràctica el que prèviament hagi estudiat en el marc del sistema educatiu. De fet, el precepte estableix que el contracte de treball en pràctiques es pot subscriure amb qui tingui títol universitari o de formació professional de grau mitjà o superior o títols oficialment reconeguts com a equivalents, d’acord amb les lleis reguladores del sistema educatiu vigent, o de certificat de professionalitat d’acord amb el que preveu la *Llei orgànica 5/2002, de 19 de juny, de les qualificacions i de la formació professional* (LOQFP), que habilitin per a l’exercici professional.
2. Una altre contracte de treball formatiu, és l’anomenat, “contracte per a la formació i l’aprenentatge”, que està regulat a l’art. 11.2 de la Llei de l’Estatut dels Treballadors. D’acord amb aquest precepte, el contracte té com a finalitat la qualificació professional dels treballadors en un règim d’alternança d’activitat laboral retribuïda en una empresa amb activitat formativa rebuda en el marc del sistema de formació professional per a l’ocupació o del sistema educatiu. És a dir, de forma general, la part treballadora presta una activitat retribuïda, per compte d’altri, i sota les ordres organitzatives i directives de l’empresari, i alhora, de forma alternativa, realitza una formació, ja sigui en una entitat educativa, ja sigui en la pròpia empresa, amb l’objectiu d’obtenir la titulació corresponent al treball que realitza. A aquest tipus de contractes hem fet menció en parlar de la Formació Professional, sobretot de la FP dual o en alternança.

En canvi, les anomenades **pràctiques formatives de caràcter no laboral en una empresa**, regulades en diverses normatives, són, com el seu propi concepte indica, unes activitats que, tot i realitzar-se en empreses, no són “laborals”, és a dir, no se’ls aplica el Dret del Treball ja que manca algun dels requisits previstos a l’art. 1 de la Llei de l’Estatut dels Treballadors. En conseqüència, a les pràctiques formatives en una empresa que no tenen caràcter laboral o bé no són prestacions de serveis retribuïts, o bé, tot i tractar-se al realitzar l’activitat pràctica no es fa seguint les directrius organitzatives o directives de l’empresari, o bé, i això és essencial, no suposen una prestació per compte d’altri, és a dir, d’aquesta activitat pràctica, l’empresari no obté cap fruit o benefici. Naturalment, en el cas que es donessin tots aquests requisits, l’activitat pràctica formativa ja no seria tal, sinó que passaria a ser una prestació sotmesa al Dret del Treball, i per tant de caràcter laboral.

De fet, el tret fonamental que diferencia un contracte de treball d’una activitat pràctica-formativa en una empresa, és que en aquesta última, l’objecte pel qual es realitza tot i que sigui en una empresa és l’execució d’un projecte formatiu. Justament un tret diferenciador clau entre pràctiques acadèmiques i laborals és **l’existència d’un projecte formatiu que dota a la pràctica en una empresa de caràcter educatiu i no laboral**. En aquest sentit, el seu objectiu bàsic és que el personal que les realitzi adquireix una formació conduent a l’obtenció d’una qualificació professional, per al qual cosa, el projecte formatiu ha de contenir:

- Un programa d’estudis.
- Una previsió de les sessions de caràcter teòric i pràctic que es realitzarà.

- El contingut de les tutories que es realitzaran.
- La durada del procés formatiu i en particular la durada del període de pràctiques en empreses.
- La identificació del professorat i tutors o tutores responsables.
- La titulació a que donarà lloc el programa formatiu.

En aquest sentit, la principal diferència entre les prestacions de serveis sotmeses al règim jurídic-laboral (contractes de treball als que els hi és aplicable el Dret del Treball), i activitats pràctiques formatives no laborals (a les quals no els hi és aplicable aquell Dret sinó una legislació bàsicament administrativa i el conveni entre entitats que s'hagi signat), és que, a més de no concórrer algun dels requisits de l'art. 1 de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, el fonament d'aquestes activitats és l'execució d'uns mecanismes bàsics de formació que no apareixen en un contracte de treball. De forma general, la normativa que regula aquestes pràctiques formatives no laborals estableixen la necessitat de confeccionar acords i programes de formació en els quals, a més d'altres factors relacionats amb la jornada en la qual portar-los a terme o dels centres on desenvolupar-la, es determinen el sistema de tutories o la incorporació d'avaluacions.

L'element definitori en una activitat pràctica en una empresa de caràcter no laboral està en el procés formatiu. De fet, un element comú a la normativa no laboral, sinó de caràcter administratiu, en matèria d'activitats pràctiques no laborals, és la promoció de que un estudiant s'incorpori, bé a les administracions públiques, bé al sector privat, per a la realització d'activitats de naturalesa exclusivament formativa i com a fórmula per al reconeixement final d'un títol. De fet a aquesta obtenció d'una titulació se sol afegir el desig que l'estudiant que les faci pugui obtenir una experiència pràctica que li faciliti posteriorment la seva inserció en el mercat de treball i millori la seva ocupabilitat futura. És a dir, aquesta normativa administrativa es posa per objectiu bàsic que a través del règim de pràctiques acadèmiques els estudiants tinguin més fàcil l'accés al mercat de treball a través de la posterior consecució de qualssevol modalitat contractual laboral.

6.3.3. Caracterització de les pràctiques no laborals en empreses i dels contractes de treball en les empreses.

Com s'ha dit anteriorment, és important diferenciar els contractes de treball del règim de pràctiques formatives no laborals en empreses, ja que, entre altres consideracions:

Primer, a les prestacions de serveis d'un treballador vers la part empresarial (articulades en forma de contractes de treball) se'ls hi aplica el Dret del Treball, que és un tipus de Dret que atorga de forma general drets mínims a la part treballadora (en relació a salaris mínims, jornades màximes, temps de descans, permisos, suspensions del contracte, etc.), els quals venen establerts a la pròpia legislació però també als convenis col·lectius aplicables a l'empresa. En canvi, les activitats pràctiques formatives de caràcter no laboral no estan sotmeses a aquest Dret del Treball o legislació laboral, ja que estan emparades en una altra normativa, de caràcter principalment administratiu, que no atorga aquells drets mínims o laborals a l'estudiant.

Segon, els conflictes entre empresari i treballador son resolts per la jurisdicció social, mentre que als conflictes que pot haver-hi entre un estudiant en pràctiques i l'entitat que l'ha promogut no son vistos per aquesta jurisdicció.

Tercera, des la perspectiva de la Seguretat Social s'ha de recordar que als treballadors emparats en la normativa laboral se'ls inclou dins el règim general de Seguretat Social a tots els efectes (cotització i protecció). En canvi, respecte del personal no laboral que realitza pràctiques formatives s'ha d'estar a la normativa específica que li sigui aplicable. Per exemple, les pràctiques "curriculars externes" realitzades per estudiants de formació professional i universitaris, se'ls assimila a treballadors per compte aliè als efectes de Seguretat Social, i en aquest sentit disposen d'una bonificació al *Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*.

Quarta, com que les anomenades pràctiques formatives no laborals estan regulades de forma dispersa, particularment en funció de quins siguin els estudis en el marc dels quals es fa la formació, cal subratllar que en els àmbits que aquí ens interessin són especialment rellevants les disposicions: primer, del Capítol I del Títol I del *Reial Decret 1147/2011, de 29 de juliol, pel qual s'estableix l'ordenació general de la formació professional del sistema educatiu*, doncs estableixen el règim de les pràctiques formatives no laborals realitzades per estudiants que cursen ensenyaments de formació professional del sistema educatiu ⁴⁶;

Segon, i com a supòsit específic de pràctiques formatives no laborals regulades, es troben aquelles del Reial Decret 1543/2011, de 31 d'octubre, pel qual es regulen les pràctiques no laborals en empreses. Es tracta d'un supòsit específic de pràctiques no laborals ja que es tracta d'una regulació pròpia (el Reial decret 1543/2011) dirigida exclusivament als qui compleixen els requisits previstos en aquesta normativa que són els següents: que els destinataris siguin persones joves desocupades inscrites als serveis públics d'ocupació amb edats entre 18 i 25 anys, que hagin obtingut una titulació oficial universitària, titulació de formació professional, de grau mitjà o superior, o titulació del mateix nivell que el d'aquesta última, corresponent als ensenyaments de formació professional, artístiques o esportives, o bé un certificat de professionalitat. En tot cas, aquest destinatari no haurà d'haver tingut una relació laboral o un altre tipus d'experiència professional superior a tres mesos en la mateixa activitat, no tenir en compte a aquest efecte les pràctiques que formen part dels currículums per a l'obtenció de les titulacions o certificats corresponents.

I tercer, cal recordar que existeixen també pràctiques no laborals sense regulació, com per exemple en els casos de beques i pràctiques no laborals en institucions que no compten amb cap regulació substantiva (generalment tenen com a denominació general "pràctiques no laborals", "beques de formació", "beques de formació pràctica", etc., si bé es entitats que ofereixen aquestes beques o pràctiques no laborals solen ser les Administracions Públiques,

⁴⁶ Per la seva banda les pràctiques formatives no laborals realitzades per estudiants universitaris es troben regulades pel Reial decret 592/2014, d'11 de juliol, pel qual es regulen les pràctiques acadèmiques externes dels estudiants universitaris.

que convoquen beques per als seus diferents departaments o organismes, generalment a l'empara de la *Llei 38/2003, de 17 de novembre, General de Subvencions*.

Finalment, s'ha de tenir present de manera excepcional i transitòria que en el marc de la crisi del Covid-19 el *Reial decret llei 31/2020, de 29 de setembre, pel qual s'adopten mesures urgents en l'àmbit de l'educació no universitària*, ha establert una regulació específica respecte a la formació d'alumnat de la formació professional del sistema educatiu en empreses⁴⁷.

6.3.4. Indicis de fet que podrien decantar la qualificació d'una pràctica educativa cap a la seva definició com a laboral.

A continuació es recullen un seguit indicis que poden derivar en la constatació de frau en la realització de pràctiques formatives no laborals. Aquests indicis han estat detectats per la Inspecció de Treball i Seguretat Social o bé s'han constatat en sentències judicials. En general, es tracta d'indicis dels quals emergeix que la realització aparent de pràctiques formatives no laborals en realitat amaga la realitat d'unes prestacions de serveis sotmeses al Dret del Treball, és a dir, de relacions jurídic-laborals.

De manera no exhaustiva, i tall simplement exemplificatiu, es pot dir que la Inspecció de Treball i Seguretat Social ha consolidat un cos d'orientacions per evitar frau en la realització de pràctiques formatives no laborals que poden servir de pauta per a orientar la realització dels convenis formatius, que es resumeixen a continuació⁴⁸ (atenció, ara es passen a llistar alguns supòsits que es poden veure com a indicis de frau en pràctiques no laborals, sense que això suposi que en el cas de que concorrin per separat, sense cap altra dada del context, puguin veure's definitiva i necessàriament com a situacions de frau):

1. En relació a les pràctiques curriculars (obligatòries en els plans d'estudis universitaris), o bé pràctiques extracurriculars (no resulten obligatòries realitzar-les conforme al pla d'estudis), quan es realitzen en una empresa de forma que no tenen res a veure amb els estudis cursats; de fet, es detecta que l'empresa utilitza la via de

⁴⁷ Arrel de la pandèmia es pot fer inviable el desenvolupament de pràctiques en empreses en determinats sectors i territoris en l'àmbit de la formació professional del sistema educatiu, per la qual es cosa permet autoritzar la reducció excepcional del mòdul de formació en centres de treball al mínim exigint en els reials decrets que estableixen cada títol i els seus ensenyaments mínims. Així mateix, es regula que les administracions educatives competents puguin, quan no existeixi alternativa viable, substituir l'estada en empreses, pròpia de la formació en centres de treball, per una proposta d'activitats associades a l'entorn laboral d'acord amb el que es preveu en l'art. 9: en primer lloc, es podrà dissenyar pel centre educatiu una proposta d'activitats associades a l'entorn laboral que s'aproximi en la major mesura possible a la realitat professional; per un altre, en els cicles formatius de grau superior, podrà establir-se un mòdul integrat que compregui el mòdul de projecte i el mòdul de formació en centres de treball, amb una durada total de dues-centes quaranta-cinc hores, i la qualificació de les quals es realitzarà de manera numèrica respecte de la part del mòdul de projecte, i com a apte o no apte respecte de la part del mòdul de formació en centre de treball; i finalment, en els currículums de formació professional bàsica i en els cicles formatius de grau mitjà podrà incorporar-se un mòdul de projecte que integrarà les activitats per les quals se substitueixi la formació en centres de treball, l'avaluació del qual serà d'apte o no apte.

⁴⁸ Aquestes afirmacions han sigut objecte d'anàlisi a través de la lectura d'un Material que és inèdit (no publicat) sobre *operatives en materia de practiques formatives no laborals*, realitzat per la Inspecció de Treball i Seguretat Social, tot i que en el document, al ser inèdit, no es fa constar com a publicació oficial.

- les pràctiques curriculars o extracurriculars per amortitzar la relació de treball de treballadors que ocupaven o podien ocupar els llocs de treball coberts amb pràctiques.
2. La realització de pràctiques formatives no laborals en empreses sense la cobertura de cap tipus de conveni previ, o en cas de haver-se realitzat, sense cap regulació per part d'aquell de requisits, característiques, exigències o limitacions, ja sigui respecte de les persones beneficiàries, ja sigui de les titulacions que han de tenir per fer les pràctiques.
 3. La realització de pràctiques formatives no laborals per part de persones que ja han obtingut la titulació corresponent per realitzar un treball propi de les pràctiques que estan realitzant, és a dir, per tractar-se de persones que per haver acabat els seus estudis (universitaris, de F.P., o haver obtingut el corresponent certificat de qualificació professional), ja estan habilitats oficialment per a l'exercici d'una determinada professió i en canvi estan fent pràctiques per adquirir formació sobre la seva execució.
 4. La realització de pràctiques formatives no laborals vinculades exclusivament a cursos d'escassa entitat o que no habiliten a cap tipus de qualificació, que curiosament s'identifiquen plenament amb llocs de treball (cuiner, cambrer, recepcionista, auxiliar administratiu, etc.), i que no requereixen de títol universitari o de F.P. o altre tipus de certificat formatiu.
 5. En relació a les convocatòries de les pràctiques formatives no laborals, poden emergir indicis de laboralitat, és a dir, que en veritat aquelles pràctiques amaguen un contracte de treball, quan en les convocatòries s'inclouen requisits detallats per realitzar-les: exigències a l'alumne de coneixements previs, experiència professional prèvia, valoració com a mèrits de titulacions, o coneixements específics vinculats a una activitat o lloc determinat, elevada qualificació acadèmica o professional, descripció de tasques o funcions que s'identifiquen com les pròpies d'un lloc de treball, etc.
 6. Un indicatiu important de laboralitat és **l'absència de programa formatiu** que justifiqui la pràctica no laboral o bé l'existència d'un programa formatiu que es limita a definir tasques d'un lloc de treball i no concreta uns objectius d'aprenentatge o un itinerari formatiu. És a dir, el programa formatiu es crea directa i específicament, de forma "ad hoc", amb l'objectiu de que la persona seleccionada ocupi un lloc de treball. Aquesta situació el que posa de manifest és que l'alumnat seleccionat vol tenir una primera experiència "laboral", però no rebre una formació específica i obtenir una titulació.
 7. Quan les entitats que adopten aquests programes de formació per a la realització de pràctiques no laborals en empreses no es dediquen a la formació (per exemple: entitats d'intermediació o col·locació i algunes fundacions), amb la qual cosa es pot qüestionar el veritable interès formatiu del procés de pràctiques en empreses.
 8. La manca per les entitats que promouen els programes formatius de pràctiques no laborals en empreses, de mesures de seguiment, supervisió o tutorització de la pràctica. És a dir, quan l'entitat que promou les practiques en una empresa o fa la selecció no participa en res en el procés formatiu en l'entitat.
 9. En definitiva, les entitats no participen del procés formatiu i si ho fan és amb una part teòrica (curs o xarrada inicial) o lliurament de material (arxivadors o documentació) que no aporten formació complementària a la que pot tenir ja l'alumnat seleccionat. De fet, això pot ser molt visible quan les entitats implicades només aporten

informació (escrita o oral) a l'alumnat en pràctiques, i cap altra activitat formativa específica.

10. De fet, en ocasions es detecta com d'aquesta documentació es desprèn com les entitats convocants del programa aporten a l'alumne tan sols informació (o formació) per a ocupar un lloc de treball, la qual d'altra banda és necessària per a qualsevol treballador a l'inici de la seua activitat laboral en una empresa.
11. L'activitat de la persona que fa pràctiques formatives no laborals consisteix en cobrir una activitat ordinària de l'empresa, de manera que, de no existir aquella hauria de recórrer a un treballador. En la vertadera pràctica no laboral, l'empresa no pretén cobrir una necessitat de mà d'obra. De fet, l'activitat d'una persona en formació no ha de ser permanent, indispensable ni essencial per a l'empresa, o dit d'una altra forma, no ha de respondre a necessitats de l'empresa. Partint de la base que l'interès preponderant de l'activitat formativa és l'aprenentatge de la persona que fa els pràctiques (becari o personal no laboral en formació), i per tant la valoració prioritària es que l'activitat repercuteixi en la persona en formació, el que desmereix aquesta anterior afirmació és quan l'activitat realitzada reverteix en interès de l'empresa, en el sentit que aquesta es beneficia del treball productiu realitzat i l'incorpora al seu patrimoni.
12. Quan les funcions realitzades d'un becari (persona en formació) es corresponen exactament amb una categoria professional o lloc de treball realitzat en l'empresa. Les sentències judicials sobre aquest assumpte i la Inspecció de Treball i Seguretat Social solen constatar que la **rotació per diferents departaments o diversitat de tasques** és un requisit propi de la pràctica formativa no laboral no laboral i, en sentit contrari, la realització permanent o molt habitual de determinades tasques per part, principalment, de becaris o persones en formació o l'elevat nombre de becaris en un departament en comparació amb la plantilla de treballadors és indiciari de relacions laborals encobertes.
13. El personal no laboral en pràctiques no formatives no es pot confondre amb la plantilla de l'empresa o els treballadors del departament (per exemple, quant a les funcions que realitza, els mitjans que utilitza, el lloc en el qual se situa, el distintiu que li identifica, la relació amb altres treballadors o clients, l'uniforme de treball que pugui portar etc.).
14. El becari o personal no laboral en formació no té dret a equivocar-se en la realització de la seva activitat o a rendir per sota dels barems pactats col·lectivament o establerts per la parta empresarial, i això li pot suposar l'adopció de mesures disciplinàries (recuperació de temps dedicat a l'empresa, extinció de la relació en pràctiques, etc.). L'anterior no obsta al fet que el becari ha de complir amb les obligacions pròpies d'una activitat formativa (temps, esforç, dedicació) però aqueixes obligacions estan dirigides a la consecució de la seua pròpia formació, no a l'obtenció d'un benefici per a l'empresa.
15. Quan la durada de les pràctiques formatives no laborals és excessivament llarga, o es reitera el període de pràctiques un any darrera un altre, ja que això desfigura la finalitat formativa de la beca.

En síntesi, per a aquelles activitats formatives en pràctiques que es vulguin allunyar del risc de ser considerades com a activitats laborals sense contracte, i evitar la imposició de sancions per contractació laboral encoberta per part de la inspecció laboral, les pautes anteriors es

poden resumir en les següents **orientacions i recomanacions sobre com dotar les pràctiques formatives de menors i joves de major seguretat jurídica** que les entitats haurien d'assegurar: uns convenis de pràctiques que identifiquin adequadament la seva base normativa i la seva fonamentació jurídica, que assegurin que el conveni recull els continguts mínims prescriptius, que es contingui en suficient nivell de detall el projecte formatiu individualitzat, que s'estableixin mecanismes de tutorització i avaluació, que s'asseguri que les mateixes s'inscriuen en el marc d'un projecte educatiu o formatiu suficientment sòlid i ampli on aquestes pràctiques encaixin i guardin coherència, igualment que existeixi una supervisió a la entitat de pràctiques, etc.. De la mateixa manera, mesures dirigides a formalitzar la condició d'estudiants en pràctiques formatives com, per exemple, elements d'identificació ('badges' identificatius, còpia del projecte formatiu individualitzat, etc..) permeten distingir els joves com a estudiants en pràctiques i no com a treballadors.

6.4. Les possibilitats que ofereix l'arrelament laboral a partir de la reformulació que del mateix opera la STS de 25 de març de 2021 relativa als mitjans de prova de les relació laborals precedents

La recent STS de 25 de març de 2021 (452/2021) Contenciós-administrativa, Secció 5ª, ha estimat un recurs de cassació relatiu als mitjans de prova admissibles per a la prova de l'arrelament laboral reconegut a l'art. 124.1 REDILE. La redacció d'aquest precepte és la següent:

Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.

Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años,
 2. y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses.
- A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.

L'arrelament laboral és una figura que troba cobertura en l'art. 31.3 LODILE que contempla la residència temporal per arrelament i remet al reglament de desenvolupament les tipologies d'arrelament. Doncs bé, l'arrelament laboral de l'art. 124 RELIDE permet als estrangers un procediment d'accés excepcional a un permís de residència i treball per motius d'inserció real al mercat laboral, és a dir, per l'existència d'una activitat laboral prèvia, sigui una activitat laboral regular o no. Tradicionalment, s'utilitzava aquesta figura per a fer sortir de la irregularitat a persones que es trobaven treballant sense contracte laboral i generalment sense autorització de residència i treball. Aquesta lectura limitada és derivava de la redacció del precepte que semblava apuntar com a únics mitjans de prova la sentència judicial i la resolució de la inspecció laboral. Lògicament, la limitació dels mitjans de prova apuntava a una naturalesa i abast de l'arrelament laboral limitat a casos de regularització per treball a l'economia submergida i després d'alguna forma de denúncia de l'empresari respecte d'aquesta situació.

La nova sentència del Tribunal Suprem, a l'ampliar l'abast dels mitjans de prova no només deixa de limitar l'aplicació del precepte a aquests casos, sinó que n'amplia notablement el seu potencial, fins ara molt constrenyida doncs no era fàcil per a l'estranger denunciar a qui el contractava. De fet, aquesta Sentència dona continuïtat a una línia jurisprudencial del Tribunal, que compta amb una llarga llista de precedents que es remunten a jurisprudència dels anys 90 sobre l'amplitud dels mitjans de prova necessaris per acreditar extrems com el domicili habitual, la integració i l'arrelament, etc... i que aquí troba el seu antecedent més immediat en la STS de 16 de juliol de 2020. Doncs, bé, amb aquesta sentència en realitat **al variar els mitjans de prova permet reformular també el tipus de relacions laborals que donen peu a la possibilitat de sol·licitar l'arrelament laboral.**

En efecte, la literalitat de l'art. 124.1 REDILE semblava acotar la virtualitat de l'arrelament laboral a uns pocs supòsits, de manera que com reconeix la Sentència “por mor del citado precepto reglamentario se encuentran constreñidos a aceptar como prueba del arraigo laboral que se erige en presupuesto de esta autorización de residencia, exclusivamente, una resolución judicial o de la Inspección de Trabajo que acrediten la relación laboral, quedando excluidos cualesquiera otros medios de prueba que puedan acreditar tal arraigo”. No obstant, el Tribunal ens recorda que l'activitat de prova es troba emparada en el dret fonamental de l'art. 24 CE que obliga a interpretar les normes de manera favorable a la major efectivitat del Dret Fonamental, i no de manera restrictiva, que seria el que passaria si únicament assumíssim “la dicció literal del precepto”, que el Tribunal considera “ni es la única possible ni es la que más se acomoda al art. 24 CE”. Així, el Tribunal dedueix una només “aparente imperatividad de su dicción literal” que cedeix quan es posa en relació amb l'art 128.1c) REDILE que no imposa aportació de cap documentació específica, ni efectua cap restricció al tipus de documentació que es pot aportar per a provar l'existència de relacions laborals de duració igual o superior a sis mesos de duració. Això, en realitat implica transformar les dues proves enumerades a l'art. 124.1 REDILE en simples exemples o en una llista no tancada, i obrir la prova documental a qualsevol altre mitjà que permeti provar una relació laboral prèvia.

Més encara, el Tribunal explícitament rebutja la interpretació de l'abast de l'arrelament laboral que implicava aquella interpretació restrictiva limitada a “facilitar la prueba del mismo cuando tenga sobre la base relaciones laborales clandestinas, precisamente por la dificultad de prueba que de tal circunstancia deriva. El precepto pretende, pues, salir al paso de los problemas que pueden plantearse para acreditar situaciones en las que el arraigo provenga de relaciones laborales ilegales, ocultas o clandestinas, pero **no tiene por objeto restringir el concepto mismo de arraigo laboral a un tipo específico de relación laboral**, la ilegal o clandestina, ni mucho menos imponer la obligación de denunciar la ilegalidad de la situación laboral a quien la padece. (...) El precepto solo exige (...) demostrar dentro de los márgenes temporales que indica “la existencia de relaciones laborales” sin distinción alguna, y **eso incluye cualesquiera relaciones laborales, las clandestinas, hayan a florado o no ante la Inspección o los Tribunales, y las no clandestinas**, como v. gr. -y éste es el caso de autos-, las que hayan podido concertarse al amparo de anteriores autorizaciones de residencia cuya vigencia hubiera expirado”. Aquesta afirmació té profundes implicacions i de fet canvia radicalment la figura de l'arrelament laboral, doncs n'amplia molt el seu camp d'aplicació.

D'una banda, en afirmar que “las clandestinas, hayan aflorado o no ante la Inspección o los Tribunales” en realitat està dient que és possible demanar l'arrelament laboral quan la relació laboral s'hagi denunciat i disposem de sentència judicial o resolució de la inspecció laboral, com quan no tinguem aquesta però es pugui provar per qualsevol altre mitjà disponible en Dret l'existència d'una relació laboral clandestina o no declarada. Fins ara, només es feia en el primer cas i es descartava el segon. D'una altra banda, s'expandeix també l'aplicació de l'arrelament laboral a situacions en que la relació laboral fos perfectament legal però s'hagués concertat sota una autorització de residència (entenem que el Tribunal vol dir autorització de residència i treball o situacions de residència on és possible treballar legalment), però en el moment de demanar l'arrelament laboral la seva vigència hagués expirat. I en recolzament de l'ampliació a aquests supòsits argumenta la contradicció lògica i el greuge comparatiu que suposaria una interpretació restringida als casos de relacions laborals clandestines, doncs llavors permetrien regularitzar-se a aquells que han treballat il·legalment durant sis mesos però no als que han treballat legalment sota una autorització vàlida la vigència de la qual va caducar.

Les implicacions d'aquesta Sentència són molt rellevants, doncs de fet el Tribunal revifa i amplia un mecanisme de regularització que s'utilitzava escassament i que ara podria convertir-se en un mecanisme de regularització d'igual o similar importància a l'arrelament social, doncs n'hi haurà prou amb demostrar que durant sis mesos en un període de dos anys l'estranger va treballar sis mesos, clandestinament o de manera legal amb autorització, i no té antecedents penals. El tribunal a més manté una **relativa indefinició respecte de quin període es pot adduir per a mostrar l'arrelament laboral**, rebutjant la crítica de l'Advocacia de l'Estat que mantenir aquesta interpretació deixaria sense sentit la renovació dels permisos instituint una espècie d'arrelament laboral perpetu i indefinit, simplement afirmant “[el arraigo laboral] por su propio concepto alude siempre a una relación laboral que debe ser cercana en el tiempo al momento de pretenderse la autorización que en él se base.” Però sense acotar exactament com de propera, doncs està implícit que no pot ser tan propera en el temps com per a haver donat lloc a una renovació, que és justament el que no va ser possible dur a terme en el seu moment per la manca d'algun requisit.

Cal a més recordar que el supòsit de l'arrelament laboral a diferència de l'arrelament social està exceptuat de la presentació d'una oferta laboral (art. 124.1 front el 124.2b) REDILE), però no per això deixa de donar lloc a una autorització de residència i treball, tal i com estableix clarament l'art. 129.1 REDILE:

Artículo 129. Autorización de trabajo del titular de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

1. La concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla, con excepción de la que se conceda a los menores de edad laboral, o en casos de exención del requisito de contar con contrato por contar con medios económicos que no deriven de la realización de una actividad por cuenta propia

En la misma situación se hallarán las personas a las que se refiere el artículo 125 de este Reglamento.

2. En los demás supuestos, el extranjero podrá solicitar, personalmente, la correspondiente autorización de trabajo ante el órgano competente para su tramitación. Dicha solicitud podrá

presentarse de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales o bien durante el periodo de vigencia de aquélla, y para su concesión será preciso cumplir:

- a) De solicitarse una autorización de trabajo por cuenta ajena, los requisitos establecidos en los párrafos b), c), d), e) y f) del artículo 64.3.
- b) De solicitarse una autorización de trabajo por cuenta propia, los requisitos previstos en el artículo 105.3.

Per tant, l'apertura dels supòsits que es poden beneficiar de l'arrelament laboral es fa justament sobre una figura que permet la regularització sense que existeixi una oferta de contracte laboral que calgui afegir a l'expedient de regularització per arrelament excepcional. Això converteix l'arrelament laboral en un autèntic mecanisme de regularització per inserció al mercat laboral, sense les limitacions que patia fins ara, i que segurament el convertiran en un referent important per a la regularització d'estrangers. No deixa de sorprendre aquest gir jurisprudencial, si bé possiblement la situació actual post-COVID19 hagi estat molt tinguda present pels magistrats del Tribunal Suprem en calibrar la importància que aquesta interpretació pot tenir per a recuperar moltíssims casos de treballadors estrangers residents temporals que poden haver perdut la feina i per tant les seves autoritzacions de residència i treball en aquest període i pels quals aquesta mesura pot esdevenir cabdal per a recuperar ràpidament la residència sense una oferta laboral ferma i actual, i per tant sotmesa a les exigències ordinàries de duració d'un any, quantia mínima, etc...

En concret, pels joves immigrants que es troben en la transició del règim de menors per haver assolit la majora d'edat, aquesta Sentència ofereix una via de regularització per arrelament a l'abast dels joves que es trobin en, com a mínim, alguna de les tres situacions següents:

- a) *joves immigrants extutelats que hagin obtingut l'autorització de residència no lucrativa*, però puguin acreditar la permanència continuada durant dos anys a Espanya (no cal aportar una autorització de residència però també serveix el temps residit legalment) i haver treballat amb un contracte laboral o de manera clandestina durant sis mesos. Aquests joves podien acollir-se fins ara només a la modificació de l'art. 200.1 REDILE per a poder canviar a autorització de residència i treball en un any o menys, però sotmesos a tot un seguit de requisits com oferta laboral, etc.. Si la renovació d'aquesta residència esdevé impossible, es pot acudir a l'arrelament laboral amb l'avantatge de no haver de presentar una oferta laboral.
- b) *joves immigrants extutelats que hagin renovat les seves autoritzacions de residència o de residència i de treball en virtut de l'art. 197 o de l'art. 198 REDILE* però no hagin pogut mantenir la relació laboral o que per alguna altra raó equivalent no es trobin en condicions de renovar aquestes autoritzacions, poden acudir a l'arrelament laboral amb l'avantatge de no haver de presentar una oferta laboral per a obtenir una autorització de treball.
- c) *Joves immigrants extutelats que en arribar a la majoria d'edat no hagin renovat les seves autoritzacions de residència en virtut dels arts. 197 o 198 REDILE per manca d'algun dels requisits* (per exemple disposar d'ingressos propis equivalents al 100% IPREM) però puguin acreditar haver treballat entre els 16 i els 18 anys un mínim de sis mesos, de manera legal, amb autorització laboral o exempció de la mateixa, o de manera clandestina però acreditable. En aquests casos els joves poden acollir-se a l'arrelament laboral amb l'avantatge de no haver

de presentar una oferta laboral per a obtenir una autorització de treball; i aquesta fórmula és molt millor que l'arrelament social (tres anys de permanència i oferta laboral sotmesa a condicions de duració, salari, etc..).

- d) *Joves immigrants que no es puguin regularitzar per cal altra via.* En aquests casos els joves poden acollir-se a l'arrelament laboral amb l'avantatge de no haver de presentar una oferta laboral per a obtenir una autorització de treball si demostren que en algun moment han treballat de manera clandestina com a mínim sis mesos, i puguin acreditar-ho amb qualsevol mitjà de prova admès en Dret. Certament, el problema de l'acreditació implica disposar de proves alternatives a la sentència judicial o una resolució de la inspecció laboral, qüestió gens fàcil si es tractava d'ocupacions clandestines, però en tot cas obre una porta a alguns casos on l'arrelament social amb l'exigència d'una oferta laboral sotmesa a condicions de duració, salari, etc.. no sigui possible.

Cal encara una mica de perspectiva per a valorar bé totes les implicacions i opcions que obre aquesta Sentència en el cas dels joves immigrants no acompanyats, i calibrar-ne adequadament les seves conseqüències, doncs l'arrelament laboral també presenta limitacions (duració d'un any, renovació, etc...) però segurament pot servir de pont cap al règim ordinari de residència i treball en alguns casos que ara es podrien considerar de difícil solució.

Qüestió apart serà la manca d'antecedents penals que pot excloure a alguns joves per delictes comesos un cop assolida la majoria d'edat, però que en principi no hauria de tenir cap efecte sobre els delictes comesos durant la minoria d'edat, que hauran de ser cancel·lats i no tinguts en compte a aquests efectes. De fet, el propi art. 128.2.a REDILE només exigeix la presentació d'antecedents penals als majors d'edat.

Val a dir que la potencial transcendència d'aquesta Sentència possiblement impliqui l'adopció d'alguna Instrucció o Circular que abordi les seves implicacions de manera més detallada, o alguna Sentència posterior que matisi l'abast no seria descartable, fins i tot, que la propera reforma del Reglament abordés alguna fórmula per a incorporar aquesta doctrina a l'art. 124.1 REDILE o, potser fins i tot per a limitar-ne l'impacte.

6.5. La proposta de creació d'un règim de transició gradual a estrangeria d'adults (18-21 anys)

Així, pel que fa a les **modificacions normatives**, l'estudi identifica com a greu condicionant del desplegament d'un sistema protector adequat pels menors, l'absència d'un règim de transició dels menors estrangers entre la minoria d'edat i l'edat adulta, que podríem establir entre els 18 i els 21 (o si es vol 23 anys). L'actual regulació és excessivament binària i irreal, doncs la maduresa dels menors, especialment si han entrat tardanament al sistema de protecció, no arriba automàticament el dia que fan 18 anys, però el desplaçament automàtic del règim de menors pel d'estrangeria i la necessitat de disposar d'ingressos propis per justificar la residència (i per tant o bé la dependència de diverses formes d'ajut o la necessitat de treballar) no només dificulta la continuïtat de la adequada intervenció sobre els joves adults des d'una perspectiva formativa, és que a més, acaba generant efectes avançats en el

règim de protecció i intervenció sobre els menors i en la seva documentació (desincentivant-la o accelerant-la) però també en la elaboració d'un itinerari educatiu i formatiu excessivament orientat a l'entrada immediata al mercat laboral. En aquest sentit, es proposa la reforma de la normativa actual per a la incorporació d'un sistema de transició jurídica temporal a la majoria d'edat, d'un mínim de tres anys pels joves extutelats. Algunes d'aquestes modificacions es podrien introduir via reforma del Reglament d'Estrangeria (com l'actualització de l'art 196.4 REDILE que ja s'hauria d'haver fet), però per a dotar d'una cobertura legal adient a les mateixes possiblement caldria una reforma de la Llei d'Estrangeria (l'art. 35 té rang de llei ordinària, no orgànica, per tant es pot aprovar amb majoria simple al Congrés i Senat).

De la mateixa manera l'estudi proposa, entre d'altres modificacions normatives, la revisió de l'art. 10 de l'Ordre TAS/3698/2006 per tal d'assegurar que la mateixa inclou tots els joves menors d'edat sota el règim de protecció de la DGAIA tot reduint els tràmits a aquests efectes, vinulada a algunes modificacions proposades a l'art. 197. També la modificació de la Disposició Addicional Segona d'aquesta Ordre i l'art. 198 REDILE, per tal que inclogui a l'apartat 1 de la mateixa els joves adults extutelats com a beneficiaris de l'accés a la formació orientada a la ocupació, si bé i d'acord amb allò apuntat a l'apartat anterior aquesta previsió pot limitar-se als joves d'edats compreses entre els 18 i els 21 (o 23) anys, en línia amb la construcció d'un estatut transitori cap a la majoria d'edat. Alternativament, es planteja la necessitat de sol.licitar a la Secretaria d'Estat d'Immigració que exerciti la seva facultat d'incloure aquesta categoria dins el supòsit j) "Otros supuestos en los que proceda la expedición de las certificaciones, previa determinación de los mismos por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración en el desempeño de sus competencias", per tal que aquests joves sistemàticament puguin accedir a la formació orientada a la ocupació que s'ofereix des del SOC.

Pel que fa a la **reinterpretació de les disposicions actualment vigents** per tal de millorar el règim d'accés al mercat laboral dels menors i joves, i a banda de les ja avençades sobre la possibilitat de desenvolupament via Disposició Addicional 1.j) de l'Ordre TAS/3698/2006 per la Secretaria d'Estat, és possible forçar una interpretació extensiva de l'art. 10 d'aquesta disposició per tal que inclogui tots els menors estrangers en règim de protecció de la DGAIA, sigui facilitant sistemàticament aquesta certificació per part de DGAIA o bé sigui exigint a les autoritats laborals la seva acceptació i tramitació immediata. En el fons, la clau és el retard en la declaració per part de les autoritats de la situació de desprotecció i tutela, i l'allargament del període de tramitació dels documents davant sotsdelegació fins que aquesta renuncia a la repatració (nou mesos com a màxim); si la declaració de tutela fos automàtica molts d'aquests problemes es reduirien. No obstant, si aquesta opció fos políticament inviable seria defensable promoure interpretacions alternatives en el sentit de sostenir que pot haver declaracions de tutela provisionals o cautelars, o fins i tot que la previsió legal de l'art. 35 LODILE que determina els efectes retroactius de l'autorització de residència, en virtut de l'interés superior del menor requereixen que totes les accions que podrien dur-se a terme amb un menor en cas que s'autoritzés la seva residència, mentre es tramita aquesta o es trobi en via de recurs es permetessin preventivament per tal de no perjudicar l'adequat desenvolupament del menor. Aquesta darrera interpretació tindria efectes similars o equiparables als d'una tutela cautelar.

7.- Conclusions.

El present estudi identifica un seguit de **problemes de caràcter sistèmic en l'accés als itineraris de formació laboral** per part dels joves estrangers no acompanyats, menors i adults, i en l'accés al mercat laboral, tots ells derivats de la legislació i pràctiques existents. Com hem vist, els motius són molt diversos i estan profundament interrelacionats, a continuació els recollim sintèticament.

En primer lloc, en el règim jurídic dels menors immigrants no acompanyats, conflueixen diferents disposicions normatives que interaccionen entre si a partir d'una dualitat de règims jurídic, ambdós notablement diferents entre sí, tant en la seva regulació com en els principis que els inspiren. Aquesta aparent **binarietat entre el règim de menors i règim d'estrangeria**, és en realitat només aparent perquè la normativa intenta crear un règim intermig entre tots dos a l'art. 35 LODILE i 189 i ss REDILE, que intenta compatibilitzar les lògiques i regulacions de tots dos règims, el resultat essent una constant tensió entre els principis i objectius que inspiren cada un d'ells. Aquesta regulació on conflueixen i es tensionen aquests dos règims condicionats mútuament, i que definim com a règim dels menors estrangers tutelats- acaba essent diferent dels altres dos règims; és diferent del règim de menors nacionals tutelats perquè la seva condició d'estrangers comporta un seguit de diferències legals de partida en el gaudiment dels drets de residència i treball, que s'agregen per l'existència de la figura de la repatriació que pot ajornar i fins i tot subjecta i condiciona la seva residència legal; però també és diferent del règim general d'estrangeria doncs mentre són menors ni poden ser tractats com a irregulars (i per tant expulsats, sí però repatriats una figura que si ens la creiem obeeix a una lògica de retorn a l'entorn familiar a origen) i gaudeixen de la igualtat de tracte amb altres menors pel que fa a l'accés a serveis i titularitat de drets.

Aquest règim intermig -tensionat, com diem, entre les lògiques de protecció de menors i d'estrangeria-, s'esvaeix en el **pas de la minoria a la majoria d'edat, de manera que els joves passen a regir-se abruptament pel règim d'estrangeria** amb escassos pal·liatius (arts. 196 i ss REDILE). És aquí quan les coses esdevenen complicades. En absència d'un règim jurídic que permeti una transició gradual des del règim més protegit de menors al més estricte d'estrangeria on la condició d'irregularitat pot comportar l'expulsió; aquest canvi és cabdal doncs inverteix la lògica de residència-treball per la de treball-residència. Sota la lògica d'estrangeria, els adults han de treballar (o tenir uns ingressos suficients) per mantenir-se regularment al territori, de manera que el permís de residència és expedit i renovat si compten amb mitjans de vida propis (quin jove immigrant sol pot tenir mitjans de vida propis sense treballar?) o s'han integrat al mercat laboral; però en el cas dels joves estrangers en règim de protecció passen de poder treballar perquè són tutelats i com a tals residents legals, a ser estrangers adults residents només si treballen, però si treballen reunint les condicions establertes a la normativa d'estrangeria per a la obtenció de permisos de residència i treball per compte aliè, és a dir, excepte el requisit de demostrar que l'oferta supera l'examen de la situació nacional d'ocupació, s'exigeix un contracte de duració superior o igual a un any y i un salari corresponent al conveni col·lectiu, o equivalent com a mínim al salari mínim interprofessional si és una feina a temps parcial. Per tant, tot i que són possibles altres

escenaris, en general els joves extutelats o que han passat pel circuit de protecció es troben als 18 anys amb la necessitat d'un dia per l'altre de demostrar la disponibilitat de recursos econòmics de subsistència, cosa que implica un treball. El règim especial establert als arts. 197 REDILE i 198 REDILE permet una certa prolongació temporal dels efectes del règim anterior de menors tutelats: dins el marc de l'estricta compliment de l'art. 35.9 LODILE aquestes dues disposicions reglamentàries permeten atenuar l'exigència de recursos econòmics pel propi sosteniment dels joves, reduint la quantia dels ingressos necessaris per a obtenir un permís de residència no lucratiu (un 100% IPREM contra el 400% IPREM que es requereix per a una residència no lucrativa ordinària). Com hem dit anteriorment, pocs dels joves que han passat pel circuit de protecció poden accedir directament a un contracte laboral, per tant la única manera de mantenir-los com a residents regulars és mitjançant l'aportació d'ajuts públics o privats per un valor equivalent a l'IPREM (537,84 €/mes al 2020), generalment vinculats al compliment d'un pla personal d'inserció socio-laboral, que com comentarem més endavant s'oferia en el marc d'un programa educatiu-formatiu de caràcter no reglat però orientat a la seva inserció al mercat laboral. Aquests dos preceptes reglamentaris, tot i que ben intencionats, no resolien el problema de la dependència dels menors, només n'atenuava la quantia dels ingressos però no constitueix l'únic desenvolupament possible sota l'art. 35.9 LODILE, i ni tan sols el més favorable als joves. I en canvi, la seva redacció deixava obert un flanc a la crítica: l'encaix dels ajuts o recursos de caràcter social com a ingressos propis era força discutible, cosa que com veurem ha rebutjat la STS d'1 de febrer de 2019, tot complicant enormement la intervenció sobre els menors i deixant el circuit d'intervenció existent fins ara sense una balda essencial. En realitat, ara es fa més que mai evident que aquesta fórmula era completament inadequada. Intentarem proposar algunes solucions parcials i a curt termini, però cal plantejar clarament una reformulació dels arts. 197 i 198 REDILE així com de la seva lògica, sense deixar de pensar en una reforma més ambiciosa de l'art. 35 LODILE, que comentarem en detall en els següents apartats. Per a complicar les coses, tal i com apuntàvem en un altre lloc, hi ha un seguit de casos de menors que passen a la majoria d'edat sense que hagin estat tutelats o que havent passat pel circuit de protecció no se'ls ha atorgat una autorització de residència, i per tant ni tan sols poden beneficiar-se d'aquestes previsions reglamentàries que si més no atenuen els efectes del pas al règim d'estrangeria, aquests joves si s'hi sotmeten abruptament d'un dia a l'altre, en la seva totalitat.

Sobre aquesta tensa dualitat s'emmarca el particular règim dels menors immigrants no acompanyats, es projecta una segona: **la dualitat entre el sistema educatiu i el sistema laboral**, que també es regeix per normatives i lògiques diferents, **sense que la transició entre l'un i l'altre sigui gens fluïda**. Com hem vist, quan parlem d'educació, els menors estrangers que arriben en edats properes als 16-17 anys sols a Catalunya tenen unes possibilitats molt limitades d'integrar-se als itineraris generals de la educació reglada (Batxillerat, FP on cal un Graduat Escolar o haver cursat 2n o 3r ESO i recomanació del cos docent); en efecte, el règim existent no funciona adequadament pels joves estrangers tutelats: d'una banda, els joves estrangers sobre els que intervenen els sistemes autonòmics de protecció presenten mancances en el terreny dels coneixements acreditables (lingüístiques i educatives, doncs no han seguit el sistema educatiu català) però també d'habilitats (coneixement de l'entorn social i laboral); de l'altra, el retard en els procediments administratius, destacadament la declaració de desemparament i tutela dels menors, pot aprofundir en la bretxa que es genera en la confluència de règims fortament duals i en l'aparició de situacions intermèdies no regulades,

i que constitueixen, en part, l'objecte d'aquest estudi. Atès, doncs, que l'accés a la educació reglada no és una opció real per a molts d'aquests menors i joves, es busca establir itineraris educatius adaptats amb una clara orientació cap a la inserció laboral immediata, doncs en arribar als 18 anys això serà clau per a mantenir-se dins la regularitat. I aquí és on apareix un nou problema, tot i l'esforç dels darrers anys per flexibilitzar els itineraris educatius i assegurar que els joves que surten dels itineraris de l'educació reglada puguin reincorporar-se a la mateixa mitjançant passarel·les, fórmules de transició i reconeixement de formació adquirida fora del sistema⁴⁹, l'accés a aquestes fórmules alternatives d'educació-formació està plena de dificultats pels menors i joves estrangers sense referents familiars al nostre país, doncs algunes d'aquestes fórmules deixen de ser operatives bé perquè l'accés dels adults al sistema educatiu només és ple si es disposa d'autorització de residència, bé perquè l'accés al mercat laboral requereix més de 16 anys i la disposició d'una autorització de residència i treball, exigència que s'estén a l'accés a la formació ocupacional per als treballadors a l'atur o a la recerca d'ocupació; bé pels nombrosos problemes de caràcter aparentment menor o tècnic (convenis de cobertura de pràctiques, exclusió de determinats ajuts o límits en l'accés a formació laboral finançada amb fons europeus lligats a regularitat de la residència, etc.) o per la manca de previsions expressives que resolguin alguns dels problemes (per exemple, no està previst expressament l'accés a FP dual i les pràctiques professionals dels menors estrangers). Davant aquesta indefinició, la lògica de protecció del mercat laboral pròpia del règim d'estrangeria així com els seus estrictes mecanismes de control s'imposa, per exemple, dificultant l'accés a les pràctiques laborals dels menors sense permís de residència i dels joves sense permís de residència i treball). Amb tots aquests condicionants i obstacles, com diem la transició entre el món educatiu i el laboral no és gens fluïda pels els menors i joves estrangers, la qual cosa trenca en moltes ocasions les oportunitats d'integració d'aquest col·lectiu, que es troba en unes condicions i franges d'edat que ja són complexes per si mateixes com per a sotmetre-les a dificultats addicionals.

Davant la dificultat de reconduir una part important d'aquests menors i joves estrangers cap als itineraris de formació reglada, així com de transitar fluidament entre els itineraris educatiu i formatiu, la pressió per a les **Administracions i entitats socials que els acompanyen per tal de cercar fórmules d'excepcionalitat** que permetin reconduir aquestes situacions amb la màxima celeritat augmenta sota el risc de caiguda en la irregularitat a partir dels 18 anys, i d'entrada dins els circuits d'exclusió i precarietat que aquesta comporta per a persones extremadament joves. Això ha generat l'aparició de programes educatius no reglats que en realitat persegueixen una formació orientada a l'accés al mercat laboral accessibles pels joves que no poden accedir als itineraris reglats o laborals existents. L'avantatge d'aquests programes és que en situar-se sota la cobertura de l'acció educativa poden accedir-hi totes els menors i joves estrangers que no poden seguir altres itineraris educatius o formatius, doncs tots els menors tenen dret a la educació post-obligatòria fins els 18 anys, i els adults no tenen dret però res impedeix que es beneficiïn de programes educatius (arts. 91 i 9.2 LODILE i STC 236/2007), tanmateix però pateixen el problema derivat de configurar-se com a itineraris no reglats del sistema educatiu: la seva cobertura legal és menys detallada aspectes clau, com les condicions d'accés i seguiment dels mateixos (destacadament, la realització de pràctiques educatives) no estan tan bé regulades com a la educació reglada. En un context

⁴⁹ En línia amb recomanacions de les institucions internacionals venen recomanant la màxima fluïdesa i complementarietat entre els sistemes educatius i de formació laboral (OCDE).

en el que no deixa d'augmentar el nombre de menors que arriben amb edats compreses entre els 16,5 anys i 17 anys, des d'una perspectiva de protecció i integració social les intervencions de formació i d'inserció laboral esdevenen més urgents, **forçant a Administracions i entitats socials a oferir programes d'educació no reglada amb la finalitat d'orientar i facilitar la inserció laboral posterior**, programes sotmesos a notables restriccions imposades tant per la normativa laboral com per la d'estrangeria.

Finalment, davant aquesta urgència, els 'tempos' de decisió de les resolucions administratives i especialment la de tutela no faciliten sempre la **documentació** que tot i ser declarativa a la pràctica és indispensable per a accedir a determinats serveis i prestacions, i els efectes retroactius de les quals (en especial l'autorització de residència) un cop són expedits, són en realitat gairebé ficticis, dons quan no es té no es pot accedir per exemple a la formació orientada laboral i quan finalment s'obté aquell any transcorregut s'ha perdut. Tot això abona la cerca de fórmules, de vegades compartides entre Administracions i entitats del sector social per sortejar a la pràctica aquestes ineficiències del sistema, però que obliguen a moure's constantment en un espai de forta indefinició jurídica.

A la vista de tots aquests elements es pot concloure que el règim de transició a la edat adulta dels joves estrangers imposa *de facto* l'accés immediat i el manteniment d'aquests joves dins el mercat laboral per tal de mantenir el seu règim de residència, tot i haver estat tutelats per les Administracions o haver entrat en els seus circuits de protecció quan eren menors. Això constitueix un **tractament diferenciat respecte d'altres grups de joves**, tant nacionals com estrangers. Per tal de valorar si aquest règim diferenciat presenta un caràcter discriminatori, cal tenir en compte tant el context social com el marc normatiu i establir un terme de comparació: aquest terme de comparació serien altres joves estrangers extracomunitaris residents i amb vincles familiars. Els joves i menors sense referents familiars es troben de partida en una situació de desavantatge davant altres joves estrangers residents amb família al territori, aquests darrers no només compten amb un valuós suport socio-familiar si no que en general poden comptar amb una educació obtinguda al país d'acollida (parcial o completa), un coneixement adequat de la llengua i un grau superior de coneixement i d'integració en l'entorn social, és a dir, compten en general amb un capital personal i social que els atorga unes majors avantatges de partida per a la seva inserció laboral posterior. Davant aquesta situació de desavantatge dels joves estrangers sense referents familiars hom esperaria que la normativa els equiparés als joves residents o inclús els oferís un règim més avantatjós de transició a l'edat adulta. Per contra, a la desigualtat socio-familiar de partida s'afegeixen unes previsions normatives com les que ja hem analitzat, que als estrangers residents de la mateixa edat els permeten una entrada molt progressiva al mercat de treball (exempció d'autorització laboral per a treballar i de l'examen de la situació nacional d'ocupació), és a dir, poden residir i a més treballar sense que els calgui permís de treball, ni que els calgui un contracte amb uns requisits determinats, no com a mínim fins a que demanin el permís independent de residència i treball, o simplement, pel transcurs del temps adquireixin la residència de llarga durada. Amb això no es vol dir que els estrangers residents tinguin un règim perfecte i que no hi hagi nombrosos problemes, només que els riscos de caure en la irregularitat són menors, i compten amb uns 'tempos' i unes condicions d'entrada al mercat laboral més alineats amb la realitat que el nostre mercat laboral ofereix als joves (contractes laborals temporals, precarietat, elevada taxa de desocupació, etc..).

Per aquest motiu, la suma de les diferències de tracte jurídic a les ja existents en els àmbits social, econòmic i familiar resulta en un tracte desproporcionadament diferent, fins al punt de poder considerar-lo discriminatori. La lògica dominant i implacable del nostre model d'Estrangeria és que els joves estrangers que han passat pels circuits de protecció no poden estendre la seva residència com sí que poden fer els joves estrangers de la seva edat que viuen en família, tractament discriminatori entre menors i joves en funció de la existència de família o no. És més, els joves estrangers amb un entorn familiar poden estudiar o treballar on i quan vulguin en virtut del seu règim de reagrupats familiars. Els que no tenen família han de treballar tan bon punt assoleixen la majoria d'edat, retallant així les seves opcions de desenvolupament educatiu i personal, o caure en la irregularitat. O alternativament, cal encaixar-los forçadament en uns mecanismes educatiu-formatius no reglats per tal de facilitar-los un mica més de temps per a accedir al mercat laboral amb unes mínimes condicions d'èxit, en una carrera contra rellotge com hem vist plena d'obstacles. Com a argument de reforç es pot dir que el motiu pel qual en uns casos es vincula la residència a la tutela (quan aquesta acaba automàticament als 18 anys) i en els altres a la dependència econòmica dels pares no està justificat ni es troba adequadament compensat. Si el criteri és la dependència econòmica hauria d'habilitar-se un mecanisme per a perllongar la residència dels joves estrangers sense referents familiars més enllà del fi de la tutela. L'alternativa actual dels arts. 197 i 198 REDILE és insuficient, inadequada, i a més resulta injusta quan la comparem amb altres solucions per a joves en circumstàncies en principi més avantatjoses, i per tant potencialment discriminatoria,

Com veiem, aquests problemes generals del règim de protecció menors i joves i apunten a dèficits estructurals o sistèmics del model que requeririen reformes en major profunditat i amb un cert grau d'ambició per tal de transformar notablement els fonaments de l'actual model de protecció i accés al mercat laboral. Sobre aquestes reformes hem apuntat algunes propostes de solució a l'Apartat VI i als Annexos.

8. BIBLIOGRAFIA BÀSICA

Adam Muñoz, María Dolores: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num. 20/2009.

Asín Cabrera, M^a A. “Menores extranjeros no acompañados”, en M. I. Ramos Quintana (dir.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 561-569.

Camas Roda, F.: *La Formación Profesional en los Ámbitos Educativo y Laboral. Análisis tras la LO 2/2006, de Educación, y del RD 395/2007 de Formación Profesional para el Empleo*. Thomson Aranzadi S.A., 181 páginas; ISBN: 978-84-8355-398-5. Pamplona, 2007.

Camas Roda, F.: “Educación, formación y empleo. Las reformas legislativas en el ámbito de la Formación Profesional”. *Cuaderno del Mercado de Trabajo*, núm. 7 (Julio de 2011). Editado por el Servicio Público de Empleo Estatal, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Camas Roda, F.: “La edad y la formación para el empleo. Especial referencia a la estrategia de aprendizaje permanente en el ámbito europeo y español” en AA.VV. *La relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social* (Dir. Cabeza Pereiro, J.; Ballester Pastor, M.A.; Fernández Prieto, E.). Aranzadi-Thomson Reuters, (pp. 317-331), Pamplona 2009.

Camas Roda, F.: “El acceso al trabajo de los inmigrantes menores de edad”, en la obra colectiva coordinada por F. Camas Roda: *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Bosch, páginas 331-351. Barcelona, 2009.

Camas Roda, F.: “La empleabilidad de las mujeres inmigrantes” en B.Blázquez Vilaplana y I.M. Villar Cañada (Coordinadores): *La mejora de la empleabilidad de las Mujeres Inmigrantes en Andalucía*, Litalia e Instituto Andaluz de la Mujer de la Conserjería para la Igualdad Social de la Junta de Andalucía, pp. 13-38; ISBN: 978-84-613-4131-3. Jaén, 2009

Camas Roda, F.: “Artículo 11. Contratos formativos. El contrato de trabajo en prácticas” (pp. 255 a 270), en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco (Coordinador: José María Goerlich Peset). Tirant lo Blanch, 2016, ISBN: 978-84-9119-935-9.

Camas Roda, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Huygens Editorial, Barcelona 2016. ISBN: 978-84-15663-78-2.

Charo Baena, Pilar: “Autorizaciones de trabajo y derecho al trabajo Autorizaciones de Trabajo y Derecho al Trabajo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Número 56, Enero-Abril 2021, págs. RR. 7.1.

Durán Bernardino, Manuela: “Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral”, *Revista Española de Derecho de Migración y Extranjería*, núm. 50, Enero-Abril 2019, págs. 63-81.

Durán Ruiz, Francisco Javier : *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Aranzadi, 2021, ISBN: 978-84-13-45203-6.

García Pérez, R. (Dir.), *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Madrid, Tecnos, 2009.

Gimeno Monterde, Chabier: “Menores extranjeros no acompañados. Una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num. 25/2010.

Gimeno Monterde, Chabier: “Menores que migran solos e infracción en Aragón” *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, num. 29/2012.

Leonseguí Guillot, R.A. “La tutela ordinaria de menores y la tutela automática de la Administración como fórmulas jurídicas de protección de niños en situación de calle” en I. Ravellat Ballesté i C. Villagrasa Alcaide (Coord.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, 2006, pp. 201-228.

LEX NOVA: “Prácticas no laborales en empresas”. Publicación: *Lex Nova* num.11/2011.

López Azcona, María Aurora: “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num.17/2008

López González, José María “Aproximación a la nueva legislación que regula las prácticas no laborales en la empresa. Estatuto de los nuevos becarios”. *Revista de Información Laboral* num.6/2012

López Reillo, P., “La situación específica de los menores no acompañados”, *Informe elaborado para el Parlamento de Canarias*, 17 de septiembre de 2008, documento policopiado.

Moreno, Josep: “La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿un sucedáneo de contrato en prácticas?”. *Revista: Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. 2012-347

Moreno, Josep:: “La nueva regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF Número: 349 de 2012.

Moreno, Josep.: “El recurso fraudulento a las prácticas no laborales en empresas previstas en el Real Decreto 1543/2011 y sus efectos”. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Número: 47 -Año: 2017

Moreno, Josep: “ Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social”, en Josep Moreno i Gené (coord.), Ana María Romero Burillo (coord.) *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*. Tirant lo Blanch, Año: 2016 .

Moreno, J. “Las estancias prácticas no laborales como etapa de vulnerabilidad social: jóvenes y trabajadores maduros” en Fernández Villazón, Luis Antonio y Moreno Gené, Josep

(directores): *Crisis de Empleo, Integración y vulnerabilidad social*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Año: 2017

Moya Malapeira, D. “El acceso de los jóvenes inmigrantes a la formación laboral. Un balance tras la STC 236/2007 y la reforma legal de la formación post-obligatoria”, *Migraciones*, ISSN 1138-5774, N° 25, 2009, págs. 37-67

Moya Malapeira, D. “La intervención sobre los menores inmigrantes desamparados en Cataluña: Reflexiones desde la Constitución”, *Migraciones*, ISSN 1138-5774, N° 12, 2002, págs. 103-139.

Moya Malapeira, D. *La reforma de la Ley de Extranjería*. Documento de Trabajo 20/2009. Real Instituto Elcano.

Pérez González, Carmen: “La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num. 31/2012.

Pous de la Flor, M.P. “Instituciones civiles tuitivas de los menores extranjeros no acompañados en España”, en I. Ravellat Ballesté i C. Villagrasa Alcaide (Coord.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, 2006, pp. 229-248.

Ruiz Legazpi, A. “La protección de los menores inmigrantes” en E. AJA (Coordinador), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, Institut de Drep Public, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 493- 528.

Trinidad Núñez, P.: “Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los Menores extranjeros separados o acompañados”, en F. Aldecoa Luzárraga y J. Forner Delaygua (Dir.), *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, AEDPIRI, AEJI, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2010, pp. 239-274.

Villar Hoz, E.; Camas Roda, F.; Baseiria Martí, J.: “Políticas para la mejora de la empleabilidad y el emprendimiento universitario en Cataluña”, en AA.VV.: *Políticas y servicios públicos de empleo. Una visión europea en conexión con el mundo universitario* (Proyecto Uniporta II-Euroempleo). Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

Annexos

Annex 1. Tipologia de situacions i diagramació de la intervenció sobre menors i joves

	Edat	Situació	Educació	Accés a formació laboral	Residència		Treball	
					Autorització	Renovació o modificació	autorització	renovació
A	<16 anys	A1. Resolució de Desempament/ Tutela (RD/T) amb permís de residència	Obligatòria (ESO, PQPI, adaptacions curriculars)		Residència no lucrativa	Si, fins a PRLD		
		En tramitació, residència no lucrativa						
		Cal tramitar residència no lucrativa						
B	16-18 anys	B.1. Resolució administrativa de Desempament / Tutela administrativa (RD/T) amb permís de residència	Postobligatòria: - reglada (Batxillerat, ESO, PFI); - no reglada (PFI) - programes específics de caràcter educatiu orientats a conèixer entorn laboral	- Ocupacional INEM/SOC (Ordre TAS 3698/2006) - Programes específics d'orientació i formació laboral	Residència no lucrativa (depèn si és inicial o renovació)	Residència no lucrativa (1a o 2a renovació o PRLD) Si 18 anys, at. 197 LODILE	Exempció de l'autorització de treball, qualsevol treball (exceptuats de l'examen de SNE però admesos per a menors) art. 40.1.i) LODILE i Instrucció 1/2020 No cal renovar doncs no hi ha autorització de treball ni cal per a treballar.	
		Tramitar residència no lucrativa si 18 anys			Si 18 anys, at. 198 LODILE			
		Cal declarar la tutela per tal de demanar la residència no lucrativa, o directament si prop dels 18 anys, autoritza art. 198 LODILE			Si 18 anys, at. 198 LODILE			
		B.4 Menors sol.licitants d'asil	Postobligatòria: - reglada (Batxillerat, ESO, FP); - no reglada (PFI) - programes específics de caràcter educatiu orientats a conèixer entorn laboral	<i>Les previsions específiques sobre menors sol.licitants d'asil no aborden la formació laboral.</i> Entenem que transcorreguts 6 mesos, tracte similar a B1 fins que es resolgui sol.licitud.	Targeta rosa sol.licitant d'asil	Renovació provisional	Als 6 mesos permet treballar	Renovació provisional si encara pendent
						Concessió refugi o protecció subsidiària o humanitàries -5 anys- Art. 36.g LA	Qualsevol ocupació (compte aliè o propi, exceptuat SNE)	Règim corresponent asil, permet treballar
						Majoria edat pas al règim corresponent d'asil		Règim corresponent asil, permet treballar
C	+18 anys surt circuit de protecció	C1. Autorització de residència temporal prèvia com a menor (extutelat)	Art. 9.2 LODILE, accés a tota la educació postobligatòria si resident	En principi exclosos de la formació ocupacional INEM/SOC INEM/SOC (Ordre TAS 3698/2006) si manquen d'autorització de treball	PRt obtingut anteriorment (duració fins renovació) PRt (art. 197 REDILE)	PRt (art. 197 REDILE 100% IPREM o contracte laboral; o PRt arrelament laboral sense contracte laboral si treballats 6 mesos legal o clandestinament	197 REDILE	
		C2. Jove irregular (extutelat)	Programes específics de caràcter educatiu orientats a conèixer entorn laboral Formació socio-educativa	Exclosos	En assolir 18 anys, art. 198 REDILE: residència per motius excepcionals; o Arrelament de 3 anys;o	Si autorització de residència per raons excepcionals es pot renovar via art. 200 REDILE; o arrelament laboral si 6 mesos treball legal o clandestí	Irregulars no poden treballar. Si art. 198 REDILE poden demanar PT per raons excepcionals i renovar; Si arrelament laboral (6 mesos treball legal o clandestí), llavors PR i PT	
		C3. Jove irregular (surt de circuit de protecció)		Exclosos				
D	Jove irregular	Declarat adult per resolució Fiscalia o no va entrar al circuit de protecció, adult sol sobrevingudament, etc..		Exclosos	Arrelament laboral sense contracte laboral si treballats 6 mesos legal o clandestinament	PRt arrelament laboral sense contracte laboral si treballats 6 mesos legal o clandestinament		Si arrelament laboral (6 mesos treball legal o clandestí), llavors PR i PT

Annex. 2.- Orientacions per a establir convenis formatius no laborals

MODEL DE CONVENIS SOBRE PRÀCTIQUES FORMATIVES NO LABORALS QUE NO TENEN REGULACIÓ PRÒPIA.

A continuació s'expressa els continguts que ha de tenir un conveni institucional sobre pràctiques formatives no laborals quan aquestes pràctiques no estan vinculades a estudis universitaris o de formació professional, sinó que estan convocades per tot tipus d'entitats.

Preparació d'un Conveni.

Objecte: PRÀCTIQUES FORMATIVES QUE NO TENEN REGULACIÓ PRÒPIA: ÉS A DIR, DE FORMA GENERAL NO VINCULADES A ESTUDIS UNIVERSITARIS O FORMACIÓ PROFESSIONAL; O TAMBÉ CONVOCADES PER TOT TIPUS D'ENTITATS

En aquests casos, no existeix una norma específica que les reguli. El règim de destinataris és general, és a dir, no se sol requerir que acreditin ser estudiants d'alguna titulació específica o tenir determinat tipus d'edat. Tampoc es demana que el personal beneficiari (l'alumnat) tingui formació prèvia o no la tingui.

Per a la realització d'aquest tipus de convenis, ha de manifestar-se clarament que les practiques que es realitzen no compleixen amb els requisits de l'art. 1.1 de la Llei de l'Estatut dels Treballadors per ser qualificades com a relació laboral.

De forma general, la realització d'aquestes practiques formatives a efectes de Seguretat Social suposarà l'assimilació de l'alumnat al Règim General de Seguretat Social per compte aliena i la cotització com si es disposés d'un contracte per a la formació i l'aprenentatge (però sense cotitzar per desocupació, Fons de Garantia Salarial ni Formació Professional), sempre que l'alumnat sigui objecte de les següents accions: 1/ Que percebi una remuneració econòmica; 2/ Que les practiques s'incloguin en un programa formatiu finançat per una entitat pública o privada vinculat a uns estudis (diu la normativa, de caràcter universitari o de formació professional); 3/ I naturalment, que les practiques no donin lloc a una relació laboral (Reial Decret 1493/2011).

Es recomana l'existència d'un

1. Conveni de col·laboració entre entitats, quan una entitat que promou les pràctiques formatives no regulades.
2. El conveni sobre pràctiques formatives no regulades.

Ambdós convenis poden estar realitzades en un sol document.

EL CONVENI DE COL·LABORACIÓ I EL SEU ANNEX (O CONVENI EN PRÀCTIQUES) HAURAN DE CONTENIR:

1. Les dades de les parts involucrades.
2. En l'apartat MANIFESTEN, l'objectiu de les practiques formatives no regulades.

Es recomana que s'expressi bé l'objectiu de les pràctiques i el seu objectiu d'aconseguir algun certificat o titulació formativa, millor si està vinculada al Catàleg estatal de qualificacions professionals.

3. Les clàusules haurien d'incorporar:

3.1 L'objecte de la col·laboració entre les entitats, una la que promou la realització de pràctiques, i l'altra on es realitzaran efectivament.

Es recomana que s'expressin amb la màxima concreció les pràctiques que es realitzaran, i en el cas que es lliguin a activitats de poca entitat o de baixa qualificació, emfatitzar que la necessitat formativa de l'alumnat repercuteix en el seu propi benefici, que pot servir-li més enllà de l'específica activitat que fa, o també que està vinculada amb algun certificat o títol formatiu; dit d'una altra manera, en el marc de les pràctiques realitzades pot haver-hi alguna activitat que no requereixi una qualificació, però les pràctiques no han d'estar vinculades completament a aquella activitat.

Es recomana que s'expressi la disposició d'eines de formació per part de les entitats (sales de reunions, aules, material tecnològic, lliurament de materials, etc.).

3.2 Els compromisos de l'empresa o entitat on es realitzaran les pràctiques.

Es recomana que l'entitat en pràctiques assigni un tutor a l'alumnat, i aquesta tutoria suposi un acompanyament de l'alumnat mentre exerceix les seves pràctiques.

Es recomana que, si l'entitat on es fan les pràctiques ha realitzat activitats formatives amb anterioritat, encara que sigui pels seus treballadors, quedi palès en el conveni que l'entitat ha fet algun tipus de formació amb anterioritat.

3.3 Els compromisos de l'entitat que promou el desenvolupament del conveni en pràctiques

1. Entre aquests compromisos es recomana que hi hagi una menció a que l'entitat en qüestió ha fet un control previ de la formació o dels estudis de l'alumnat que farà les pràctiques.

2. Es recomana que en aquesta clàusula s'estableixi un Programa formatiu de l'entitat en la qual s'integren les pràctiques.

Dins d'aquest programa formatiu s'haurien de definir tasques, concretar objectius o competències clau, o seguir un itinerari formatiu al qual responguin les pràctiques en l'empresa.

3.4 El desenvolupament de les pràctiques

Es recomana que l'entitat que promou les practiques en una empresa o fa la selecció participi en el procés formatiu en l'entitat (lliurament de materials o indicacions, seguiment, audiència de l'alumnat per escoltar-lo).

3.5 La vigència del conveni

3.6. Dades de caràcter personal.

3.7. Adopció d'una comissió de seguiment.

Es recomana que la comissió de seguiment estigui formada per l'entitat que promou les pràctiques i l'empresa on es fan.

3.8 Resolució anticipada i resolució de qüestions litigioses.

Annex 3.- Instruccions per a la ordenació de les pràctiques formatives no laborals

ORIENTACIONS BÀSIQUES PER EVITAR QUE UNES PRÀCTIQUES FORMATIVES N LABORALS SIGUIN CONSIDERADES COM A RELACIONS DE TREBALL O JURÍDIC-LABORALS:

Es constaten les següents activitats com a indicis de frau, és a dir, la Inspecció de Treball i Seguretat Social fa ús d'aquestes situacions per qualificar el que fa l'alumnat en practiques en una empresa com a relació laboral amb aquesta:

1. Quan es produeix una manca de controls previs sobre la formació de l'alumnat en practiques, és a dir, no és té en consideració el bagatge previ de l'alumnat ni els seus interessos formatius en relació a fer practiques en una empresa o entitat. En tot cas, la Inspecció de Treball també veu indicis de relació laboral "quan s'ha fet una selecció prèvia de l'alumnat" (per la seva qualificació o estudis previs), que s'ajusta perfectament a la pràctica que realitzaran a l'empresa.
2. Quan les practiques estan vinculades "exclusivament" a tasques de practiques d'escassa entitat en l'empresa o entitat, o bé els cursos a realitzar en l'empresa són de molt poca qualificació, sense que es justifiqui que poden repercutir en el propi benefici de l'alumnat.
3. Quan el que es realitza és intercanviable amb el treball de qualsevol altre empleat de l'empesa.
4. Quan hi ha absència de programa formatiu que justifiqui la pràctica, ni tampoc concreció d'objectius d'aprenentatge o itineraris formatius.
5. Quan l'entitat o empresa on es fan les practiques no té cap mitja formatiu, o mai ha fet cap tipus de formació.
6. Quan l'entitat que promou les practiques en una empresa o fa la selecció no participa en res en el procés formatiu en l'entitat.
7. Quan les entitats implicades només aporten informació (escrita o oral) a l'alumnat en pràctiques, i cap altra activitat formativa específica.
8. Quan es detecta que el que vol l'alumnat es tenir una primera experiència laboral, però no rebre una formació específica i obtenir una titulació.

Annex 4.- Propostes de model de conveni o conveni-tipus

CONVENI DE COOPERACIÓ FORMATIVA ENTRE L'ENTITAT PROMOTORA DE L'INICIATIVA D'EDUCACIÓ I FORMACIÓ [NOM_ENTITAT] I L'ENTITAT COL·LABORADORA {NOM_ENTITAT} PER A LA REALITZACIÓ DE PRÀCTIQUES NO LABORALS NO SOTMESES A REGULACIÓ ESPECÍFICA.

REUNITS

D'una part, el/la Sr./Sra. {NOM_REPRESENTANT_LEGAL}, amb DNI núm. {DNI_REPRESENTANT_LEGAL}, {CARREC_REPRESENTANT_LEGAL} de l'**ENTITAT PROMOTORA** {NOM_ENTITAT}, amb NIF {NIF_ENTITAT} i amb seu a {DOMICILI_SOCIAL_EMPRESA}, que actua en nom i representació d'aquesta entitat.

I de l'altra part, com a **ENTITAT COL·LABORADORA ON ES REALITZEN LES PRÀCTIQUES NO LABORALS**, el/la Sr./Sra. {NOM_REPRESENTANT_LEGAL}, amb DNI núm. {DNI_REPRESENTANT_LEGAL}, {CARREC_REPRESENTANT_LEGAL} de {NOM_ENTITAT}, amb NIF {NIF_ENTITAT} i amb seu a {DOMICILI_SOCIAL_EMPRESA}, que actua en nom i representació d'aquesta entitat

Ambdues parts es reconeixen mútuament la capacitat necessària per atorgar aquest conveni i a aquest efecte.

MANIFESTEN

I. Un dels referents dels sistemes d'educació i formació és la dotació d'accions formatives per a qualsevol tipus de destinatari amb l'objectiu de complir els objectius bàsics que en l'àmbit europeu té el principi d'educació i formació al llarg de la vida, que és en concret que a través de la formació dispensada es puguin desenvolupar com a persones i com a professionals, cobrint així les necessitats del sistema productiu.

II. Tant les Administracions públiques, com escoles de negoci, empreses, entitats de formació (ja siguin de caràcter acadèmic om qualsevol altra que organitzi cursos presencials o a distància), fundacions, o qualsevol altre organisme privat o públic té l'opció d'impulsar la realització de practiques de caràcter no laboral per afavorir la formació de les persones.

III. Aquesta dotació d'accions formatives en forma de pràctiques no laborals pot estar emparada en diferents tipus de pràctiques, ja sigui realitzades per estudiants universitaris, ja sigui per estudiants de la formació professional del sistema educatiu o en el marc de programes de la Formació Professional, ja sigui en el marc de la formació professional dual, o també del sistema de formació professional per a l'ocupació. Ara bé, també està oberta la possibilitat de realitzar pràctiques no laborals en empreses o entitats per part d'alumnat que no s'inclogui en cap de les modalitats citades, tot i que no disposar d'una normativa específica que les reguli.

IV. Aquesta tipus de Pràctiques no laborals sense regulació específica pot dirigir-se a qualsevol persona interessada en accedir a aquestes pràctiques, amb o sense formació acadèmica prèvia; també respecte de persones que ja hagin cursat o estiguin cursant estudis universitaris o de formació professional al marge dels seus estudis; o naturalment i com ja s'ha avançat, persones sense cap formació prèvia que necessitin d'una formació específica en forma d'experiència pràctica.

IV. Ambdues parts d'aquest conveni, amb voluntat de dotar de practiques no laborals a persones que desitgin o necessitin realitzar-les, volen col·laborar en el camp de la formació teòrica i pràctica de l'alumnat que hi participi, i per aquest motiu acorden que la millor manera de materialitzar la cooperació mútua és formalitzar un conveni de col·laboració amb l'objectiu que l'estudiant obtingui o desenvolupi de manera pràctica uns coneixements professionals, i en aquest sentit les parts interessades es reconeixen mútuament la capacitat suficient per vincular-se, i acorden l'atorgament d'aquest conveni de col·laboració de conformitat amb els següents:

CLÀUSULES

1. Objecte del conveni de col·laboració

L'objecte d'aquest conveni és establir els termes de col·laboració que han de regir entre les parts signatàries perquè personal designat per l'Entitat promotora del programa formatiu {NOM_ENTITAT}, puguin realitzar pràctiques no laborals en les dependències de l'entitat col·laboradora {NOM_ENTITAT},

2. Condicions generals de realització de les practiques no laborals

2.1 Les pràctiques no laborals constitueixen una activitat de naturalesa formativa per a l'alumnat que les realitzi, de forma que afavoreixin l'adquisició de competències que els preparin per a l'exercici d'activitats professionals, facilitin l'ocupació i fomentin la seva capacitat d'emprenedoria.

2.2 Durant l'estada en pràctiques a l'entitat col·laboradora, l'alumnat ha de fer tasques pròpies de l'àmbit professional per al que esta pensat el programa formatiu que realitzen, amb l'objectiu d'adquirir experiència pràctica.

2.3 L'alumnat han d'estar subjectes a l'horari i les normes fixades per l'entitat col·laboradora. En el cas que l'alumnat estigui realitzant altres estudis, es procurarà que l'horari establert sigui compatible amb l'activitat acadèmica, formativa i de representació i participació desenvolupada per l'alumnat en els centres educatius on estudia.

2.4 L'alumnat ha de desenvolupar l'estada de pràctiques sota la supervisió de dos tutors: un d'ells serà un professional de l'entitat col·laboradora, designat per aquesta entitat i que s'encarregarà d'orientar i supervisar el treball en pràctiques de l'estudiant; l'altre tutor ha de ser membre de l'Entitat promotora. Ambdós s'han de coordinar per fer un seguiment efectiu de les pràctiques, proporcionar suport a l'alumnat i dur a terme el procés avaluador de superació o no de les practiques realitzades.

2.5 La persona tutora designada per l'entitat col·laboradora ha de fixar el pla de treball que caldrà seguir, d'acord amb el projecte formatiu i en coordinació amb el tutor de l'Entitat

promotora, i ha d'emetre un informe final, en què es valorin les aptituds i competències assolides per l'alumnat.

2.6 La certificació sobre la superació o no de les practiques correspondrà als dos tutors, el de l'entitat promotora del programa formatiu i el de l'entitat col·laboradora.

3.8 La realització de les pràctiques no implica en cap cas l'existència d'una relació laboral entre l'alumnat i l'entitat col·laboradora. En l'àmbit de les administracions públiques, entitats de dret públic i altres organismes públics la realització de les pràctiques no podrà tenir la consideració de mèrit per a l'accés a la funció pública ni pot ser computada als efectes d'antiguitat o reconeixement de serveis previs.

3.9 L'entitat col·laboradora ha d'informar els estudiants en pràctiques de la normativa de seguretat i prevenció de riscos laborals. Així mateix, ha de disposar dels recursos i mitjans necessaris per facilitar l'accés a les pràctiques dels estudiants amb discapacitat i la conciliació de les activitats o situacions personals derivades d'aquesta situació de discapacitat.

3. Condicions particulars de realització de les practiques no laborals.

3.1 Les parts signatàries subscriuen aquest Conveni de col·laboració per a la dotació de practiques no laborals, amb les condicions especificques que s'adjunten com ANNEX al conveni.

3.2 El document a l'ANNEX-CONDICIONS ESPECÍFIQUES DEL CONVENI esmentat ha de contenir un apartat de signatura per a l'alumne/a de pràctiques no laborals, que ha de manifestar que aquest coneix i accepta de forma expressa totes les condicions de realització de les pràctiques relacionades en aquest conveni específic de col·laboració i que es compromet a complir totes les obligacions que, d'acord amb les condicions descrites i la normativa aplicable, li són exigibles. En aquest mateix apartat, l'alumne/a de pràctiques no laborals s'ha de comprometre de forma expressa a mantenir la confidencialitat i el secret professional en relació amb la informació interna i les activitats de l'entitat col·laboradora.

5. Règim de permisos de l'alumnat

L'alumnat pot absentar-se el temps que sigui indispensable del lloc on desenvolupin les pràctiques no laborals sempre que es faci necessari per poder atendre les obligacions que es derivin de la seva activitat en un centre educatiu o formatiu on pugui estar realitzant els seus estudis, així com per raons de salut o per qualssevol altres supòsits que acordin conjuntament les dues entitats d'aquest Conveni.

En qualsevol cas, l'alumnat han de comunicar les absències referides a l'entitat col·laboradora amb antelació suficient i han de presentar els justificants corresponents.

6. Protecció de dades

6.1 L'entitat col·laboradora s'ha d'abstenir de fer qualsevol tipus de tractament de les dades personals de l'alumnat en pràctiques més enllà del que sigui necessari per a la consecució de les finalitats d'aquest conveni. De la mateixa manera, es compromet a no manipular, transformar ni cedir a tercers aquestes dades o els arxius que continguin, fora de l'estricta

objecte de la relació subscrita per ambdues parts, així com a guardar-los en estricta confidencialitat i a informar l'estudiant de la forma en què pot exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició, d'acord amb el que disposa la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i Garantia dels Drets Digitals i la normativa que la desenvolupa.

6.2 L'incompliment directe o indirecte d'aquesta clàusula per part de l'entitat col·laboradora comporta la responsabilitat directa pels danys i perjudicis que pugui representar per a l'alumnat acollit en practiques o per l'entitat que ha signat aquest conveni.

7. Seguretat Social i assegurances

Serà aplicable en aquest àmbit el *Reial Decret 1493/2011, de 24 d'octubre, pel qual es regulen els termes i condicions de inclusió en el Règim General de la Seguretat Social de les persones que participen en programes de formació*, en el cas que es donin les condicions que aquest regula per l'aplicació del regim d'assimilació a compte al Regim General de Seguretat Social.

8. Reconeixements derivats de les pràctiques

8.1 Finalitzada l'estada de pràctiques, i prèvia petició per part de l'alumnat, l'entitat col·laboradora ha d'emetre un informe acreditatiu de les activitats realitzades, la durada de les pràctiques i el rendiment de l'estudiant.

8.2 Pel que fa al reconeixement dels tutors designats per l'entitat col·laboradora, l'entitat promotora, prèvia petició per part de la persona interessada, ha d'expedir un certificat de reconeixement institucional, en què han de constar, com a mínim, les característiques de la col·laboració, el programa formatiu en què s'ha desenvolupat, el nombre d'alumnat i el total d'hores tutoritzades.

9. Drets i deures dels estudiants i dels tutors

Durant la realització de les pràctiques no laborals, l'alumnat i els tutors tindran els drets i les obligacions establertes en aquest Conveni o, si s'escau, en allò establert en el *Reial Decret 1493/2011, de 24 d'octubre, pel qual es regulen els termes i les condicions d'inclusió en el Règim General de la Seguretat Social de les persones que participen en programes de formació, en desenvolupament d'allò previst en la Disposició addicional tercera de la Llei 27/2011, d'1 d'agost, sobre actualització, adequació i modernització del sistema de Seguretat Social*.

10. Causes de resolució

Les causes de resolució del present conveni de cooperació formativa seran:

- a) L'expiració del termini de vigència.
- b) El mutu acord de les parts, manifestat per escrit.
- c) La impossibilitat sobrevinguda legal o material de donar compliment a l'objecte d'aquest conveni.
- d) L'incompliment per qualsevol de les parts d'aquest conveni de cooperació o dels específics que se signin, de les obligacions assumides per aquest conveni, pel conveni

específic o per les disposicions aplicables. En aquest cas, la part interessada a resoldre anticipadament el conveni ha de comunicar la seva intenció a l'altra part amb una antelació mínima de quinze dies.

e) Les causes previstes a la legislació aplicable.

11. Vigència

Aquest conveni tindrà la vigència que determinin les dues parts d'aquest Conveni, que es podrà prorrogar, llevat que, amb una antelació mínima de tres mesos, qualsevol de les parts denunciï la seva finalització o, en el seu cas, la voluntat de no prorrogar més.

12. Règim jurídic i resolució de conflictes

Qualsevol controvèrsia que pugui sorgir de l'aplicació, la interpretació o l'execució d'aquest conveni de cooperació, així com dels convenis específics de col·laboració que se subscriuguin a la seva empara, s'ha de resoldre de mutu acord entre les parts. Si això no és possible, les parts renuncien al seu propi fur i se sotmeten als jutjats i tribunals de la ciutat que resultin competents.

I perquè així consti, en prova de conformitat, ambdues parts signen aquest conveni per duplicat i a un únic efecte, en el lloc i la data esmentats més avall.

Ciutat/n / {DATA_SIGNATURA}

{NOM_REPRESENTANT_LEGAL}
{NOM_ENTITAT}

{NOM_REPRESENTANT_LEGAL}
{NOM_ENTITAT COL·LABORADORA}

ANNEX-CONDICIONS ESPECÍFIQUES DEL CONVENI DE PRÀCTIQUES NO LABORALS NO REGULADES

1. Objectiu de les Pràctiques no laborals.

.....

2. Identitat de l'alumnat en practiques

.....

3. Projecte formatiu en el que s'inclouen les practiques: objectius educatius i activitats que es realitzen en el marc del projecte. Definició de competències o experiència pràctica a adquirir per l'alumnat.

Justificació del projecte formatiu.....

Control previ al projecte sobre la formació de l'alumnat abans d'accedir al projecte formatiu.....

4. Lloc (centre de treball) de realització de les practiques. Pla de treball a seguir.

5. Activitats que suposen l'execució de les practiques no laborals a l'entitat col·laboradora:

- Justificació de la vinculació entre les practiques i el projecte formatiu.....

- Eines de formació per a l'alumnat en practiques:

Eines de formació posades a disposició per l'entitat que promou o gestiona el programa formatiu (per exemple, material didàctic; sales de reunions o tutories; equipament tecnològic, aules...).
.....

Eines de formació posades a disposició per l'entitat col·laboradora (per exemple, material didàctic; sales de reunions o tutories; equipament tecnològic...
, aules...).
.....

6. Comissió de Seguiment. Identitat dels Tutors de les practiques no laborals:

- Tutor de l'entitat que gestiona el programa formatiu.....
- Tutor de l'entitat col·laboradora on es realitzen les practiques.....

5. Pla de seguiment de les pràctiques (amb indicació dels informes i/o memòries a realitzar).

El tutor de l'entitat promotora i el tutor de l'entitat col·laboradora es coordinaran mitjançant trobades de periodicitat....

El tutor de l'entitat promotora i de l'entitat col·laboradora proporcionaran suport a l'alumnat de la següent manera.....

6. Criteris per avaluar l'activitat de l'alumnat a càrrec del tutor de l'entitat promotora i de l'entitat col·laboradora

.....

7. Durada, horari i període de realització de les pràctiques.

.....

8 Compromisos de l'alumnat.

L'alumne manifesta que coneix i accepta de forma expressa totes les condicions de realització de les pràctiques relacionades en aquest conveni de col·laboració i es compromet a complir totes les obligacions que, d'acord amb les condicions descrites i la normativa aplicable, li són exigibles.

L'alumne/a de pràctiques no laborals es compromet de forma expressa a mantenir la confidencialitat i el secret professional en relació amb la informació interna i les activitats de l'entitat col·laboradora.

9. En el cas que hagi contrapretació econòmica, quantia i forma de pagament. En aquest cas, identificació de l'entitat que fa el pagament.

.....

NOM_REPRESENTANT_LEGAL}
NOM_ENTITAT}

NOM_REPRESENTANT_LEGAL}
{NOM_ENTITAT COL·LABORADORA}

NOM_ALUMNE/A I SIGNATURA

ANNEX 5.- PROPOSTES DE REFORMES NORMATIVES

El present informe ha identificat un seguit d'obstacles per a un accés al mercat laboral dels menors i joves subjectes a protecció per part de les Administracions, durant la situació de protecció com amb posterioritat en assolir la majoria d'edat. A continuació s'ofereix un seguit de propostes de modificacions normatives simplement a tall d'exemple de com es podrien **evitar o minimitzar alguns dels obstacles assenyalats** anteriorment.

En aquest sentit s'inclouen un seguit de propostes que poden considerar-se de màxims, com la reforma de la Llei Orgànica, per exemple, que requereix majoria absoluta a Les Corts estatals, però admet també un plantejament de mínims que podria limitar-se a la modificació de tres articles reglamentaris, concretament els arts. 196, 197, 198 del Reglament d'estrangeria. En aquest sentit la present proposta és merament il·lustrativa del ventall d'opcions que existeixen per a abordar canvis normatius per tal d'estabilitzar la situació dels menors.

En tot cas, les propostes que segueixen s'estructuren al voltant de **quatre objectius**: primer, plasmar a la normativa un autèntic règim de transició cap a la plena aplicació del règim d'estrangeria d'adults pels menors i joves estrangers sols al nostre territori i que han estat sota la protecció de les Administracions que comprendria entre els 18 i els 21 anys un règim que està implícit en la pròpia redacció actual de l'art. 35.9 LODILE; segon, modificar la normativa per facilitar el pas de l'exempció de l'autorització laboral actual que gaudeixen els menors en règim de protecció cap a una autorització de residència i treball desvinculada d'una oferta laboral (i menys d'una oferta laboral d'un any de duració), o fins i tot la substitució de la primera per la segona quan encara són menors tot minimitzant l'impacte de la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre el còmput dels ingressos propis; tercera, facilitar l'accés dels joves entre 18 i 21 anys que manquen una autorització de residència en assolir la majoria d'edat a una autorització de residència i a la formació laboral que pugui facilitar-los una autorització de treball; quarta, en coherència amb aquest règim transitori s'inclouen algunes modificacions de la Ordre TAS/3698/2006 per tal de facilitar al mateix temps el ple l'accés de menors i joves als serveis d'ocupació, i per tant, a la orientació laboral, els cursos d'inserció laboral i a les ofertes de treball que gestionen aquests serveis per tal de transcendir el marc de formació de caràcter educatiu.

Aquesta pluralitat d'objectius es tradueix en un llistat relativament ampli de propostes de reformes normatives, que pot semblar excessiu però que permet perfectament donar preferència a uns objectius sobre altres, tot salvant la coherència interna de les propostes, que es troben interrelacionades o es complementen (per exemple, la modificació de l'art. 198 REDILE amb la proposta de modificació de la Disp. Add. 2ª de l'Ordre TAS/3698/2006).

A) Propostes de reforma de la Llei Orgànica 4/2000

Proposta de modificació de l'art. 41.1.j Llei Orgànica 4/2000

Artículo 41 Excepciones a la autorización de trabajo

1. No será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes:

(...)

j) Los menores extranjeros en edad laboral que estén sujetos a [la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda por la entidad de protección de menores competente](#), para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su [formación](#) y mejor integración social.

Justificació

Estendre aquesta disposició a totes els menors que es trobin en règim de protecció amb independència de la forma que revesteixi aquesta protecció (tutela legal, protecció provisional, custòdia o guarda, seguint la formulació per cert continguda ja a la ORDRE TAS 4565/2006 que desenvolupa actualment el precepte) cobrint així un ventall més ampli de menors i ampliant el moment d'accés d'aquests al treball i la formació ocupacional o "professional d'oferta" del SOC, si es manté el retard en la declaració definitiva de tutela. Igualment, s'especifica no només mesures d'integració però expressament les de formació, de manera que no hi hagi problema amb la realització de pràctiques laborals, amb o sense contracte (estan exempts de l'autorització laboral, però cal fer contracte laboral si no són pràctiques educatives o acadèmiques sinó laborals).

Aquesta modificació dotaria de major cobertura les propostes d'esmena del Reglament, i especialment de l'art. 196.4 REDILE.

Addició a l'art. 41.1 Llei Orgànica 4/2000 d'un nou supòsit h)

Artículo 41 Excepciones a la autorización de trabajo

1. No será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes:

(...)

h) Los jóvenes extranjeros que hayan alcanzado la mayoría de edad bajo la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda por una entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que hasta alcanzar la edad de 21 años, dicha entidad o los servicios competentes en materia de servicios sociales o atención a la juventud proponga para favorecer su formación e integración social.

Justificació

Aquesta addició té per objectiu incloure a tots els joves estrangers que hagin estat sota el règim de protecció en tot tipus d'activitats educatives i de formació laboral dirigides a la seva integració socio-laboral. En l'actualitat els joves poden renovar si demostren reunir els requisits de l'art. 197 o de l'art. 198 REDILE però se'ls expedeix una autorització de

residència o bé no lucrativa o bé per motius excepcionals; i si es volen mantenir han de disposar d'ingressos procedents d'assistència social o han de disposar d'una oferta laboral per a demanar autorització de treball la qual cosa requereix una oferta de contracte laboral que ha de complir amb una sèrie de requisits de duració, import, etc... no sempre fàcils de reunir per a aquests joves.

En aquest sentit es pretén dotar de cobertura a la creació per via reglamentària d'un autèntic règim de transició a la majoria d'edat, entre els 18 i 21 anys. Una de les peces d'aquest règim seria remoure la necessitat d'una autorització laboral (amb les exigències d'estrangeria generalment exigides per a contractar estrangers situats a fora d'Espanya o per motius excepcionals) oferint-los la mateixa possibilitat que tenen els joves estrangers que es troben en família que és poder accedir al mercat de treball sense cap càrrega burocràtica ni els retards que aquests implica (obtenció d'autorització laboral prèvia) i amb la tranquil·litat de no dependre de una contractació estable per a obtenir i renovar aquesta autorització donada la variabilitat i precarietat de la contractació juvenil i del marcat laboral, especialment en aquests moments. Igualment, l'exempció els permetria seguir programes de formació duals que combinin la formació amb pràctiques laborals remunerades obriria majors possibilitats a la continuïtat de la seva residència legal, formació professional i integració social. Aquesta reforma proposada permetria durant els tres anys posteriors a la majoria d'edat i gràcies a l'exempció de l'autorització laboral, realitzar pràctiques laborals i accedir a la formació d'oferta del SOC, per exemple, la qual cosa els permetria al seu torn major autonomia econòmica per a complir els requisits dels arts. 197 i 198 REDILE.

Primer, s'incorpora una frase com en la esmena anterior dirigida a estendre aquesta previsió a tots els joves que haguessin estat sota règim de protecció amb independència de la forma que hagués revestit aquesta protecció (tutela legal, protecció provisional, custòdia o guarda, seguint la formulació continguda ja a la ORDRE TAS 4565/2006 que desenvolupa actualment el precepte) i no només als tutelats. Aquesta fórmula permet també incloure els joves que entren dins el sistema de protecció en edats molt tardanes de vegades no obtenen la tutela, i per tant tampoc se'ls arriba a tramitar la residència que de manera retroactiva els permetria després accedir a l'art. 197 REDILE, per la qual cosa només poden regir-se en arribar els 18 anys per les disposicions més exigents de l'art. 198 REDILE.

Segon, la proposta pretén eximir de l'autorització laboral tant per a treballar amb un contracte laboral, com per a realitzar pràctiques formatives o laborals o rebre formació ocupacional o "professional d'oferta" del SOC., és a dir en tot tipus d'activitats educatives i de formació laboral dirigides a la seva integració socio-laboral. Per aixó, s'especifica no només mesures d'integració però expressament les de formació, de manera que no hi hagi problema amb la realització de pràctiques laborals, amb o sense contracte (estan exempts de l'autorització laboral, però cal fer contracte laboral si no són pràctiques educatives o acadèmiques sinó laborals).

Aquesta modificació dotaria de major cobertura les propostes d'esmena del Reglament, i especialment dels arts. 196.4, 197 i 198 REDILE que figuren a continuació.

Possibles objeccions

Són possibles dues línies d'objecció a aquesta modificació. La primera és que aquest precepte crea un nou règim més beneficiós pels joves estrangers entre 18-21 anys que atenua les exigències del règim general d'estrangera. Però es justifica la necessitat de crear-lo en els problemes gairebé irresolubles que genera el sistema actual, així com el inherent tracte desigual i discriminatori en relació a la resta de menors i joves, nacionals o estrangers amb família, imposant uns requisits molt difícils de complir als joves i que acaben esdevenint un problema per a la pròpia Administració.

La segona objecció es que tracta igual els menors que han obtingut la residència i els que no. més rellevants que es pot fer a aquest precepte és que en facilitar i estabilitzar el règim dels menors no acompanyats

B) Propostes de reforma del Reial Decret 577/2011

Proposta de modificació de l'art. 124.2 *in fine* REDILE

Artículo 124. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.

Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos:

(...)

2. Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años.

Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

b) Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos:

1.º En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses.

2.º En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

c) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual sobre la información que pueda constar al mismo.

El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.

El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes. [En el caso de jóvenes extranjeros que al alcanzar la mayoría de edad se encontraran sujetos a la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda de las Administraciones Públicas, no será necesaria la acreditación de que disponen de medios suficientes si participan en programas educativos o de formación laboral destinados a asegurar su integración socio-laboral, tal participación resulta suficientemente acreditada en dicho informe, y la solicitud se presenta durante los cinco años posteriores a la adquisición de la mayoría de edad.](#) En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 105.3 de este Reglamento, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

Justificació

Es proposa considerar incloure dins la regularització per arrelament social i familiar emparada per l'art. 31 LODILE i desenvolupada per l'art. 124.2 *in fine* REDILE la especificació de que pels joves adults extutelats o que han passat pel sistema de protecció

però sense obtenir l'autorització de residència puguin accedir a l'autorització excepcional de residència i treball sense la necessitat d'acreditar una oferta de contracte laboral. Alternativament, reforçar específicament pels menors dins el sistema de protecció puguin obtenir un informe municipal recomanant que no es requereixi oferta de contracte laboral per a la expedició d'una autorització de residència i treball excepcional per arrelament social i/o l'escurçament de l'exigència de tres anys de residència prèvia si van passar pel circuit de protecció (art 124.2 *in fine* REDILE).

Proposta de modificació de l'art. 148.3.e) REDILE

Artículo 148. Supuestos.

3. La autorización de residencia de larga duración también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos:

e) Residentes que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los **tres** años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

Justificació

Es proposa la possibilitat escurçar l'autorització de residència de llarga durada de l'art. 148.3 REDILE a tres anys enlloc de cinc anys. Això permetria salvar moltes situacions de menors que arriben abans dels 15 anys al territori espanyol. D'una altre punt de vista, tres anys de residència continuada sota la tutela d'una administració pública són suficients per a acreditar la voluntat del menor i la seva consolidació al país. No tindria sentit que caiguessin en la irregularitat i tampoc que fossin expulsats després als seu país d'origen amb el qual han perdut el contacte.

Una regulació alternativa consistiria en ampliar la noció de tutela a custòdia, protecció provisional o guarda, plantejament que podria salvar algunes situacions que es poguessin perllongar sense declaració de tutela.

Proposta de modificació de l'art. 192 REDILE

Artículo 192. Inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado.

1. El Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando, según las informaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen. **En otro**

caso, procederá a la emisión en el plazo de un mes de la autorización de residencia contemplada en el art. 196.

La incoación del procedimiento deberá grabarse en la aplicación informática correspondiente.

En el acuerdo de iniciación se hará constar expresamente la identidad del menor y la existencia de informe de las autoridades competentes del país de origen.

(...)

Justificació

Aquesta modificació de l'art. 192 REDILE té per objecte incorporar els requisits previstos a l'art. 196.2 REDILE que automatitzen la tramitació de l'autorització de residència.

Proposta de modificació de l'art. 193.1 REDILE

Artículo 193. Alegaciones y determinación del periodo de prueba.

1. Comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento se iniciará un periodo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, en el que el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados. [En caso de que se soliciten o se aportaran a instancia de parte los documentos detallados en el art. 196.2, se incorporará de oficio una copia de los mismos al posterior expediente de autorización de residencia que se inicie en virtud del art. 196.1.](#)

Justificació

Proposta de modificació de l'art. 193 per tal de facilitar que en aquesta fase de l'expedient es puguin incorporar a instància de part -o si d'ofici es demanen- els documents que posteriorment permetran tramitar la residència estalviant un tràmit per tal que l'atorgament de la mateixa es pugui agilitar i concloure en un mes.

Proposta de modificació dels apartats 1, 3 i 5 de l'art. 196 REDILE

Artículo 196. Residencia del menor extranjero no acompañado.

1. Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, [en el plazo de un mes.](#)

2. A los efectos del apartado anterior, la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará en el plazo de diez días, de oficio o por orden superior o incluso antes si se iniciara a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia.

En caso de inicio de oficio o por orden superior, la Oficina de Extranjería comunicará al menor el acuerdo de inicio del procedimiento a través del servicio de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre, interesando la aportación de la siguiente documentación, que igualmente será la que deberá ser aportada junto a la solicitud en los casos de inicio a instancia de parte:

- a) Copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del menor. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción del menor, en vigor.
- b) Documento acreditativo de que la persona física que interviene en el procedimiento tiene competencia para ello en representación del servicio de protección de menores.
- c) Documento acreditativo de la relación de tutela legal, custodia, protección provisional o guarda entre el menor y el servicio de protección de menores.

Esta documentación no será requerida en caso de que la misma obrara ya en el expediente anterior de repatriación conforme al art. 192, en cuyo caso solo se requerirá la confirmación de su validez y vigencia, así como la documentación relativa a la oferta de contrato de trabajo en el supuesto de que el interesado optara por una autorización de residencia y trabajo en lugar de la autorización de residencia con exención de autorización de trabajo y hubiera alcanzado la edad para trabajar.

3. La Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá sobre el procedimiento y notificará la resolución al menor en el plazo máximo de veinte días. La resolución será comunicada al Ministerio Fiscal en el plazo de diez días desde que se dicte.

El representante del menor deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución, y ante la Oficina de Extranjería correspondiente, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

4. La autorización de residencia tendrá una vigencia de dos años, retrotrayéndose su eficacia a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.

La autorización de trabajo concedida de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1.i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tendrá la duración de la actividad en relación con la cual haya sido concedida, salvo que ésta exceda del tiempo que reste de vigencia de la autorización de residencia.

5. El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia con exención de la autorización de trabajo, o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia siempre que a la fecha de expiración el beneficiario de la misma sea menor de edad, en caso contrario se aplicará el art. 197.1 o 198.1 según corresponda. El inicio del

procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento, salvo que el interesado manifestara su interés en modificar la modalidad de la misma y aportara la documentación correspondiente de conformidad con el art. 200.1. A efectos de renovación de la autorización de residencia y trabajo, el contrato laboral podrá establecer una duración inferior a un año, con un mínimo de tres meses de duración.

Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial o se aportara la documentación exigida para el cambio de modalidad.

La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración.

Justificació

Modificació dels apartats 1 i 3 de l'art. 196 REDILE per tal que l'arxiu del procediment de repatriació o el transcurs màxim de nou mesos doni lloc automàticament a l'apertura del procediment de residència i que la mateixa pugui ser demanada incoada també per l'interessat o els seus representants i resolta en un mes. Igualment, que la documentació requerida si va presentar-se ja en el marc del procediment de repatriació no calgui tornar-la a presentar i serveixi una simple ratificació de la vigència i validesa de la mateixa si aquesta no ha canviat. La proposta de reforma de l'art. 192 que hem fet anteriorment permet avançar aquesta documentació en el procediment de repatriació. D'aquesta manera, l'efecte de l'arxiu de la repatriació és automatitzar l'expedició de l'autorització de residència.

Per tal d'incorporar la previsió continguda a la Instrucció 1/2020 al Reglament es proposa modificar l'art. 196.4 REDILE així com els apartats 2 i 5 de l'art. 196 REDILE per a estendre la renovació de l'autorització de residència amb una vigència de dos anys de manera que una part dels joves que arribin a la majoria d'edat puguin gaudir d'un termini més ampli per a transitar cap a l'art. 197 REDILE. Reconeixement a l'art. 196.5 REDILE del dret dels menors a gaudir durant la vigència d'aquesta autorització del règim de residència amb exempció de permís de treball o d'optar per la modificació al règim de residència i treball via art. 200.1 REDILE

Es proposa modificar la duració de les renovacions de les autoritzacions de residència dels menors de l'art. 196 REDILE a dos anys i que les mateixes continuïn en les mateixes condicions un cop assolida la majoria d'edat, perllongant així els beneficis del règim de menors tot obrint un règim transitori més enllà dels 18 anys per tal de preparar la renovació dels permisos.

Proposta de modificació de l'art. 197.2 REDILE

Artículo 197. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.

1. En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores tenga la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia o de una [autorización de residencia y trabajo](#) concedida en base al artículo anterior, su titular podrá solicitar la renovación de la misma en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.

También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

2. La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una [autorización de residencia temporal y trabajo o de residencia con exención de la autorización de trabajo](#), con las siguientes particularidades:

a) La cuantía a acreditar como medios económicos necesarios para el sostenimiento del joven extranjero se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM, [pudiendo contabilizarse incluso de manera acumulativa para el cómputo de dicha cantidad todos los ingresos, asignaciones o ayudas de carácter económico, procedentes de ayudas públicas y/o fuentes privadas, cuyo fin sea contribuir al sostenimiento del joven, siendo indiferente para su cómputo que las mismas tengan un carácter periódico o no. La acreditación de tales ingresos deberá cubrir un período de un año de duración.](#)

b) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

[c\) En caso de disponer de una oferta contractual, la duración de la misma podrá ser de una duración inferior a un año, con un mínimo de tres meses de duración.](#)

3. Se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos:

a) El respeto a las normas de convivencia en el centro de protección.

b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado.

c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes.

d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española.

e) La continuidad en los estudios.

f) La existencia de una oferta o contrato de trabajo.

g) La participación en itinerarios de formación.

[4. La vigencia de la autorización renovada bajo este precepto será de dos años y podrá prorrogarse bajo la fórmula prevista en este precepto hasta la edad de 21 años cuando la renovación de la misma pasará a regirse por las disposiciones generales contenidas en este reglamento, salvo que en cualquier momento](#)

anterior o en el momento de la renovación correspondiera la expedición de una autorización de residencia de larga duración.

5. En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución por la que se renueva la autorización, su titular deberá solicitar la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero.

6. En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la [autorización vigente de residencia con exención de la autorización de trabajo](#) de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, en los términos establecidos en el artículo 200 de este Reglamento. A los efectos de dicha modificación, podrán ser presentados uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva.

Justificació

L'expressió "totes les mesures que permetin la seva millor integració social" dels arts. 197 i 198 REDILE per tal que inclogui l'accés a programes formatius educatius o de formació laboral.

Modificació de l'art. 197.2.a i 198.2.a REDILE per tal que en el còmput del 100% IPREM reglamentàriament es reconeguéssin la possibilitat de computar totes les prestacions contributives i no contributives, així com els ajuts de les administracions públiques i entitats privades en el marc de programes d'inserció-sociolaboral i a la progressió i el compliment del menor dels objectius fixats en aquests programes i/o plans individuals. Amb això es compensarien els efectes contraproductius de la STS d'1 de febrer de 2019.

Es proposa la modificació de l'art. 197.2 REDILE per tal de fer referència directament a una autorització de residència i treball, tot afegint una menció a l'art. 197.4 a que fins els 21 anys la renovació d'aquesta autorització es farà d'acord amb els criteris de l'art. 36.9 i 197.2 REDILE. Assolida l'edat de 21 anys es registrarà per allò establert a la normativa general si no s'ha obtingut la RLD.

Proposta de modificació de l'art. 198 REDILE

Artículo 198. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.

1. En el caso de menores sobre los que un servicio de protección de menores ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido [la autorización de residencia con exención de la autorización de trabajo o la de residencia y trabajo](#) previstas en el artículo 196 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización o

sucesivas autorizaciones temporales de residencia por circunstancias excepcionales hasta que alcancen la edad de 21 años.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y de que la recomendación de la entidad habrá de acompañar a la solicitud de autorización, ésta será presentada personalmente por el extranjero durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años.

Igualmente, habrá de acreditar, alternativamente:

a) La cuantía a acreditar como medios económicos necesarios para el sostenimiento del joven extranjero se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM, pudiendo contabilizarse incluso de manera acumulativa para el cómputo de dicha cantidad todos los ingresos, asignaciones o ayudas de carácter económico, procedentes de ayudas públicas y/o fuentes privadas, cuyo fin sea contribuir al sostenimiento del joven, siendo indiferente para su cómputo que las mismas tengan un carácter periódico o no. La acreditación de tales ingresos deberá cubrir un período de un año de duración.

b) Que cuenta con un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva respecto a los que se reúnen los requisitos establecidos en los apartados b), c), d), e) y f) del artículo 64.3 de este Reglamento de una duración inferior a un año, con un mínimo de seis meses de duración.

c) Que reúne los requisitos establecidos en los apartados a), b) c) y d) del artículo 105.3 de este Reglamento de cara al ejercicio de una actividad por cuenta propia. No obstante, la rentabilidad esperada del proyecto deberá ser, como mínimo, una cantidad para garantizar los gastos relativos a su manutención y alojamiento que represente mensualmente el 100% del IPREM.

En caso de concesión de la autorización en base a lo previsto en los apartados b) y c) anteriores, ésta conllevará una autorización de trabajo y su vigencia estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

3. En el marco del procedimiento se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, en los términos previstos en el apartado 3 del artículo anterior. 1.

Justificació

L'expressió "totes les mesures que permetin la seva millor integració social" dels arts. 197 i 198 REDILE per tal que inclogui l'accés a programes formatius educatius o de formació laboral.

Es proposa la modificació de l'art. 198 Reglament per tal que els menors tutelats en transició a l'edat adulta puguin fins als 21 anys obtenir una autorització de residència per circumstàncies excepcionals amb informe dels serveis de protecció, o un cop renovada dels serveis socials on s'indiqui si a l'autorització s'afegeix la proposta d'exempció de la presentació d'una oferta de contracte laboral per a la concessió de l'autorització de treball (de manera similar a l'art. 124 REDILE). Indicació de que la renovació de l'autorització o

les autoritzacions s'ajustaran a l'art. 198.2 REDILE fins els 21 anys. Assolida l'edat de 21 anys es registrarà per allò establert a la normativa general si no s'ha obtingut la RLD.

Proposta d'inclusió d'un nou art. 198bis REDILE

Artículo 198bis Mayoría de edad de menores que han sido protegidos pero carecen de autorización de residencia

Los menores que al alcanzar la mayoría de edad puedan acreditar que fueron atendidos durante al menos seis meses consecutivos por los servicios de protección de menores sin que se declarara la tutela de los mismos ni se les tramitara una autorización de residencia, podrán acogerse a aquello previsto en el art. 198.

Justificació

Es proposa incloure una previsió en forma d'art. 198bis REDILE que permeti als menors en arribar a la majoria d'edat demanar una autorització de residència i treball excepcional de l'art. 198 REDILE però dos anys de duració si van passar pel sistema de protecció més de sis mesos sense declaració de tutela ni ordre de repatriació ni tramitació de la residència.

Aquest precepte estableix un mecanisme de tancament per a oferir a menors que han estat acollits durant un període molt curt o que per alguna raó surten del sistema de protecció sense tutela o residència, una oportunitat de regularitzar la seva situació.

Proposta de modificació de l'art. 200.1 REDILE

Artículo 200. De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo o de residencia con excepción de la autorización de trabajo.

1. Los extranjeros que se encuentren en España durante al menos un año en situación de residencia podrán acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el artículo 64, excepto el previsto en el apartado 3.a).

Excepcionalmente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo, sin necesidad de que haya transcurrido el plazo de un año, el extranjero que acredite una necesidad de trabajar por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia. [En el caso de jóvenes menores de 21 años que al alcanzar la mayoría de edad estuvieran sujetos a la tutela, custodia, protección provisional o guarda, el contrato laboral ofertado podrá tener una duración inferior a un año, con un mínimo de tres meses de duración.](#)

(...)

Justificació

Proposta de modificació de l'art. 200.1 REDILE per a incloure dins el supòsit excepcional els joves extutelats o que hagin estat dins els circuits de protecció i que necessitin passar de règim de residència a residència i treball, sigui perquè tenen una oferta laboral o perquè necessiten treballar per a sostenir-se. S'incorpora en aquest sentit una flexibilització per tal que els contractes laborals tinguin una duració inferior a un any.

C) Proposta de reforma de l'Ordre TAS/3698/2006

Proposta de modificació de l'art. 10.1 i 3 Ordre TAS/3698/2006

Artículo 10. Autorización de residencia temporal a favor de menores extranjeros no acompañados o acreditación de la entidad de protección de menores.

1. Se podrán inscribir como demandantes de empleo los menores extranjeros en edad laboral, tutelados o en régimen custodia, protección provisional o guarda que sean titulares de una autorización de residencia temporal a favor de menores extranjeros no acompañados o con la acreditación de la entidad de protección de menores, para aquellas actividades que a criterio de la citada entidad, favorezcan su integración social, según lo establecido en los artículos 68.k) y 92.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

(...)

3. La tutela, custodia, protección provisional o guarda de los menores deberá ser acreditada por la entidad de protección de menores competente.

Justificació

Art. 10.3 i 4 per tal d'incloure no només la tutela legal també la custòdia, protecció provisional o guarda.

Proposta d'inclusió d'un apartat j) a la Disposició Adicional 2^a i renumeració del j) actual a k)

Disposición Adicional 2^a

1. Se podrán inscribir en los servicios públicos de empleo y en las agencias de colocación los extranjeros en situación de estancia o de residencia que porten certificación expedida para tal fin por las oficinas de extranjeros o, en defecto de éstas, por las áreas o dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales, cuando acrediten que se encuentran en alguno de los siguientes supuestos:

(...)

j) Jóvenes extranjeros menores de 21 años que hubieran alcanzado la mayoría de edad sujetos a la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda de las Administraciones Públicas, cuando dispongan de una autorización de residencia.

Justificació

La inclusió d'aquesta disposició permetria garantir l'accés als joves extutelats (o en situació similar) inscriure's com a demandants d'ocupació a poc que disposin d'autorització de residència entre els 18 i els 21 anys. Aquesta inscripció els permetria accedir no només a les ofertes del mercat laboral i a la orientació laboral que gestionen els serveis d'ocupació sinó també a la formació laboral d'oferta que els serveis d'ocupació faciliten i que té una clara orientació a mercat laboral.

Aquesta previsió complementa les propostes de modificació del Reglament que faciliten una autorització de residència a aquests joves. I juntament amb l'exempció de l'autorització laboral per a treballar proposada a un altre apartat, permetria als joves realitzar pràctiques formatives i treballar tot ampliant les seves possibilitats de formació, accés al mercat laboral, pràctiques i obtenció de feina.