

EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES EN ESPAÑA

CARMEN GRAU PINEDA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

EXTRACTO

Palabras Clave: Inmigración, crisis económica

España no habría podido tener el crecimiento económico que ha tenido sin la llegada masiva de inmigrantes en el período 2001-2008. No obstante, la política de inmigración se ha caracterizado hasta fechas recientes por una escasa ordenación de los flujos migratorios laborales. Más allá del contingente de trabajadores extranjeros establecido por primera vez en 1993, las iniciativas dirigidas a una gestión más ordenada de las migraciones laborales han ocupado un lugar secundario frente a los intentos por luchar contra la inmigración irregular y el control de fronteras.

Frente a la actual crisis económica, la reducción directa de las expectativas de crecimiento de los puestos de trabajo que han sido atendidos por los trabajadores inmigrantes, ha exigido la adopción de dos grandes bloques de medidas, hasta cierto punto antagónicas, a cuyo análisis pretenden dedicarse las líneas que siguen: por un lado, los intentos, no siempre acertados, por regular los flujos migratorios laborales e institucionalizar canales de inmigración económica temporal con retornos organizados anticipadamente, lo que ha contribuido tanto a la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores extranjeros en origen como a la preferencia por la gestión colectiva de contrataciones en origen, antiguo contingente de trabajadores extranjeros; de otro, en el lado opuesto, las facilidades al retorno voluntario se han reactivado a través de los distintos programas articulados a tal fin, el humanitario y el destinado a trabajadores extranjeros desempleados con derecho a la prestación contributiva por desempleo, si bien su efectividad ha sido y está siendo sumadamente reducida.

ABSTRACT

Key Words: Immigration, economic crisis

Spain could not have the achieved economic growth that has without the help of the massive immigration arrived to the country from 2001-2008. Even that, the immigration policy has been characterized by a lack of labour immigration flows organisation. Besides foreign workers who arrived back in 1993, the initiatives that aim to have a more organised management of labour migration have been forgotten and efforts have been allocated to fight against illegal immigration and border control.

In the context of economic crisis, the direct reduction of expectations to job increase, that were fulfilled by migrant workers, has two main trends that are the object of the present study. On one hand the efforts, not always successful, to regulate the labour migratory flows and institutionalize channels of temporal economic migration with returns organised beforehand, and that has even contributed to the reach bilateral agreements of providing foreign workers' contracts in origin as the best option for collective management of contracts. And on the other side, and opposite, facilitate any volunteer return that are considered through the different programs articulated to such end, humanitarian and to foreign unemployed that have the right of unemployment social benefits, even if its effectiveness has been reduced.

INDICE

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES HACIA ESPAÑA
2. LAS MEDIDAS ADOPTADAS: DEL RETORNO AL CONCEPTO DE MIGRACIONES CIRCULARES COMO PANACEA
 - 2.1. Los ¿nuevos? acuerdos bilaterales con terceros países para regular los flujos migratorios laborales
 - 2.2. La gestión colectiva de contrataciones en origen como fórmula de gestión de los flujos migratorios laborales.
 - 2.2.1. Las características definitorias del actual modelo de contingente.
 - 2.2.2. Del impacto de la crisis económica en el número de contrataciones colectivas en origen aprobadas en los años 2009-2011
 - 2.3. Las facilidades al retorno voluntario: Los distintos programas.
 - 2.3.1. El Programa humanitario de retorno asistido.
 - 2.3.2. El Programa de retorno para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES HACIA ESPAÑA

Si en otros periodos históricos la inmigración ha sido observada bajo el prisma de una valoración positiva -como fuente de oportunidades y de vivificación económica y cultural-, en la actual coyuntura de fortísima crisis económica, ha adquirido la consideración de problema¹, incluso, de motivo de preocupación por los recelos y desconfianza que provoca en las sociedades receptoras europeas². Y es, que si bien Europa se ha convertido, en términos absolutos, en la primera región de inmigración económica del mundo, sin embargo, no ha logrado adoptar unas políticas de gestión de flujos migratorios que permitan encauzarlos satisfactoriamente³.

Dado que la inmigración que ha conocido la sociedad española es básicamente económica o con motivación laboral⁴, el modelo de inmigración español -y europeo- también se ha construido a partir de su consideración como factor de naturaleza estrictamente económica. Globalización económica e inmigra-

¹ Y es que "(...) La inmigración es hoy un importante problema político, económico y social en los países europeos y para la propia Unión Europea (...)", en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea", RL, nº 15-16, 2009, pp. 5 y ss.

² Ramos Quintana, M.I.: "Una política de inmigración para un modelo de inmigración: La integración a través del empleo", en VVAA: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p. 22. De la misma autora, "Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?", RMTIN, nº 63, 2006, pp. 13 y ss.

³ Entre otros *vid.* Laparra, M. y Cachón, L.: "Estado de bienestar, inmigración y sistema migratorio en el sur de Europa", en Gaceta Sindical, nº 15, 2010, p. 248.

⁴ Escudero Rodríguez, R.: "Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena", RL, nº 15-16, 2009, p. 170.

ción se presentan en la realidad como un tándem indisoluble y así se refleja en el conjunto normativo europeo que intenta regular y/o ordenar los flujos migratorios laborales. España, y Europa, se han convertido en foco de recepción de mano de obra inmigrante por razones de diversa índole entre las que tienen un carácter prioritario el propio desarrollo económico. Todo apunta a que, sin la llegada masiva de trabajadores inmigrantes en el setenio 2001-2008, España no habría podido tener el crecimiento económico que ha tenido dado el estrecho vínculo entre crecimiento económico e inmigración y que, sin ésta, el crecimiento habría sido, sin lugar a dudas, menor⁵.

De ahí que la actual crisis económica esté teniendo consecuencias directas sobre la inmigración como fenómeno pero, también, sobre el modelo de inmigración que se pretende ordenar e, *in fine*, sobre el conjunto normativo oportuno. En el contexto actual, no cabe duda de que el desempleo está afectando a toda la sociedad, sin distinción de orígenes, pero los datos sobre incremento del paro en 2007 ya indicaban que los inmigrantes se veían más afectados. Era el inicio de la crisis y hasta ese momento sólo se había manifestado (a efectos de empleo) en el sector de la construcción, y afectaba más a los inmigrantes por estar muy concentrados en ese sector. Según los últimos datos EPA a los que se ha tenido acceso, la tasa total de desempleo en el tercer trimestre de 2010⁶ en España es del 19.7%, pero si se hace la descomposición por nacionalidades las cifras varían: 17.9% entre los españoles y 29.3% entre los extranjeros, lo que supone casi tres millones y medio en el primer caso y algo más de un millón en el segundo. La desmedida presencia de éstos en los sectores más duramente castigados por la crisis económica, junto al excesivo peso del empleo temporal en este colectivo, ha tenido por consecuencia que los trabajadores inmigrantes se vean más afectados por el incremento del desempleo. En 2009 y 2010 se siguió perdiendo empleo, pero al tiempo que la población inmigrada sufre más la recesión en términos de desempleo, se ve también más castigada por el auge de los estereotipos xenófobos que siempre se revitalizan en tiempos de crisis.

Grosso modo, el preludio de la crisis –anunciada pero imprevisible en cuanto a la magnitud que ha alcanzado- hizo su aparición en agosto de 2007, en los Estados Unidos, con el estallido de las llamadas hipotecas *subprime*, marcando el final de un período en el que el acceso al crédito había tenido

⁵ Es por ello por lo que se dice que “(...) España ha recibido la inmigración que la economía española necesitaba y en el momento en el que la ha necesitado; y ello es así porque el verdadero efecto llamada para la inmigración laboral es la existencia de una oferta amplia de puestos de trabajo que puede ser cubierta por inmigrantes (...)”, en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*, Observatorio Permanente de la Inmigración, MTIN, 2009, p. 31.

⁶ Según datos EPA del tercer trimestre de 2010 disponibles en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0310.xls>

grandes facilidades y en el que los bancos habían asumido todo tipo de riesgos⁷. El cambio de rumbo se impondría a medida que la crisis iba avanzando y, desde mediados de 2008, se comenzaron a tomar medidas contra la crisis financiera inyectando grandes cantidades de dinero al sistema financiero. Sin embargo, como es por todos sabido, esto no fue suficiente y los efectos en cadena se fueron sucediendo de forma inevitable. En España, las primeras medidas del gobierno, aprobadas en octubre de 2008, estaban dirigidas a desbloquear el mercado del crédito, pero en el tercer trimestre la desaceleración económica se estaba agravando y en noviembre el gobierno plantea nuevas medidas para ayudar directamente a las empresas. A finales de 2008, la intervención estatal se centraba en la intervención directa para el estímulo de la economía y el empleo⁸. En los albores del año 2009 la situación internacional mostraba que todo el mundo industrializado estaba en recesión⁹ y que la recuperación no estaba en el horizonte inmediato, pero es que en España la crisis de empleo era mayor que en los demás países de nuestro entorno europeo y el incremento del desempleo se convertía en el rasgo principal de la crisis económica dado el enorme peso que tenía el sector de la construcción en la economía y que había caído en picado desde el inicio de la crisis.

Si se analizan los datos sobre la inmigración en España desde el año 2000 en adelante resulta fácil evidenciar el ingente flujo migratorio recibido, se utilice la fuente estadística que se utilice: tanto si se atiende a la estadística de residentes extranjeros¹⁰ como si se recurre a la estadística de empadronados¹¹, el salto cuantitativo es de más de cuatro millones de personas inmigradas en un período de ocho años. Pero es que si a ello se une que la singularidad española pasa por haber tenido una tasa de crecimiento económico notablemente superior a la media europea entre 2000-2007 como consecuencia de la combinación de un crecimiento económico alto con el hecho de que éste haya estado basado en sectores que requieren mucha mano de obra, es fácil llegar a la conclusión ya adelantada líneas atrás: sin la llegada masiva de trabajadores inmigrantes en el setenio 2001-2008 España no habría podido tener el crecimiento económico que ha tenido¹².

⁷ *Idem*, p. 15.

⁸ A finales de noviembre el gobierno lanza un nuevo plan para la creación de empleo de 11.000 millones de euros. Se cifraban en 300.000 los puestos de trabajo que podrían ser creados con la aplicación de este plan. Más detalles en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009, op. cit.*, p. 17.

⁹ La caída del PIB en el conjunto de los países de la OCDE fue del 1,5% al cierre de 2008, y en los países de la zona euro del 1,2%. España estaba también ya oficialmente en recesión, aunque con una caída menor del PIB: del 0,7%. Más detalles en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009, op. cit.*, 2009, p. 18.

¹⁰ Que evidencia que se ha pasado de unos 800.000 residentes (801.329) a fecha 1 de enero de 2000 a casi 4 millones (3.979.014) el 1 de enero de 2008.

¹¹ De la que se desprende que se ha pasado de algo menos de 1 millón de extranjeros empadronados (923.879) a 1 de enero de 2000 a más de 5 millones a 1 de enero de 2008 (5.220.577).

¹² En extenso en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009, op. cit.*, pp. 23 y ss.

Pese a lo cual la política de inmigración española se ha caracterizado hasta fechas recientes por una escasa ordenación de los flujos migratorios laborales. Y es que, más allá del contingente de trabajadores extranjeros aparecido por primera vez en 1993, actualmente denominado “gestión colectiva de contrataciones en origen”, las iniciativas dirigidas a una gestión más ordenada de las migraciones laborales han ocupado en lugar secundario frente a los intentos por luchar contra la inmigración irregular y el control de fronteras. Ahora parece que frente a la nueva realidad descrita líneas atrás, y constatado un cierto agotamiento del mercado de trabajo europeo pero especialmente del español, la reducción directa de las expectativas de crecimiento de los puestos de trabajo que han sido atendidos por los trabajadores inmigrantes, ha exigido de la adopción de dos grandes bloques de medidas, hasta cierto punto antagónicas, a cuyo análisis pretenden dedicarse las líneas que siguen: por un lado, se constatan los intentos, no siempre acertados, por regular los flujos migratorios laborales e institucionalizar canales de inmigración económica temporal con retornos organizados anticipadamente, lo que ha contribuido tanto a la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores extranjeros en origen (2.1.) como a la preferencia por la gestión colectiva de contrataciones en origen, antiguo contingente de trabajadores extranjeros (2.2.); de otro, en el lado opuesto, las facilidades al retorno voluntario se han reactivado a través de los distintos programas de retorno articulados a tal fin (2.3.), el humanitario y el destinado a trabajadores extranjeros desempleados con derecho a la prestación contributiva por desempleo, si bien, como se tendrá ocasión de exponer, su efectividad ha sido y está siendo sumadamente reducida.

En este sentido, la legislación española sobre la materia se caracteriza por contener una serie de medidas más o menos flexibles que se pueden aplicar “como si fueran un fuelle o acordeón, de un modo extensivo o limitativo, según las circunstancias y condicionamientos en juego [y en este sentido] la hondura de la crisis económica y su fortísimo impacto sobre el volumen del desempleo están haciendo girar la práctica de los mecanismos utilizados por los poderes públicos en un sentido defensivo o protector del empleo de los trabajadores españoles y comunicaros y de los residentes legalmente en España¹³”. Lejos de pretender reproducir la maraña de medidas existentes ni hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, lo que se intentará en las líneas que siguen será contribuir a clarificar el panorama general vigente de las medidas adoptadas como consecuencia directa del impacto de la crisis económica en la gestión de flujos migratorios laborales al tiempo que se extraen algunas conclusiones sobre su eficacia empírica.

¹³ Escudero Rodríguez, R.: “Claves legislativas en materia de inmigración...”, op. cit., pp. 200-201.

2. LAS MEDIDAS ADOPTADAS: DEL RETORNO AL CONCEPTO DE MIGRACIONES CIRCULARES COMO PANACEA

La vinculación de las políticas migratorias con el desarrollo económico no es una cuestión novedosa. Y es que los movimientos migratorios ponen de manifiesto una estrecha e irremisible relación entre desarrollo económico y emigración que revela que economía e importación de mano de obra constituyen el eje circular sobre el que se asienta el fenómeno de las migraciones¹⁴.

En el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), esta simbiosis comienza a repetirse con insistencia desde la importante cumbre celebrada en Tampere en 1999, hace ya más de una década y en pleno proceso expansivo de las economías europeas. En aquella ocasión, los Estados miembros fijaron los grandes ejes sobre los que debía erigirse la futura política de inmigración común en lo que, desde entonces, se denominó “un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”. Entre los elementos rectores de dicha política se contaba, precisamente, la necesidad de colaborar con los países de origen con objeto de fomentar el desarrollo, la integración de los trabajadores inmigrantes y una gestión adecuada de los flujos migratorios que incluyese la lucha contra la inmigración ilegal. En este contexto, la UE sentía como necesidad común la urgencia de adoptar un enfoque global de la migración que permitiera abordar los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países de origen. Enfoque global que requería, entre otras cosas, de una gestión más eficaz de los flujos migratorios que exigía de una estrecha colaboración entre países de destino, de origen o tránsito. En este sentido, el impulso definitivo a tales planteamientos se daría con la aprobación del Libro Verde sobre la gestión de la inmigración económica¹⁵ con el que se pretende diseñar una política integral en materia de inmigración que materialice en la práctica todos los objetivos genéricos acordados en su día en la cumbre Tampere y del que se derivaron toda una serie de documentos y propuestas de acciones concretas que finalmente propiciaron la aprobación de nuevas Directivas en la materia¹⁶.

Desde entonces, algunos son los pasos dados al respecto, pero se quiere insistir en el hecho de que desde la propia Comisión europea se haya subrayado de forma insistente y recurrente que una política común de inmigración no puede limitarse a las políticas de admisión y retorno, debiendo incluir la gestión concertada de los flujos migratorios una inversión importante en relaciones con terceros países, tanto de origen como de tránsito, consistente especialmente en ayuda y cooperación, en interés recíproco tanto de los terceros

¹⁴ Ramos Quintana, M.I.: “Trabajadores extranjeros e integración social”, TL, nº 54, 2000, p. 5.

¹⁵ Libro Verde de 11 de enero de 2005, COM (2004) 811 final.

¹⁶ En detalle, véase, Cruz Villalón, J.: “La política comunitaria de inmigración”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 32 y ss.

países como de la Unión¹⁷. Y es que si las ventajas que una inmigración bien gestionada puede suponer para los países receptores son evidentes, también los son para los países de origen cuando éstos son países en desarrollo.

El siguiente paso fue la aprobación del documento titulado “Enfoque Global sobre Inmigración¹⁸” en el que se subraya la necesidad imperiosa de abordar el fenómeno migratorio como un fenómeno global y poliédrico que incluya distintas dimensiones transversales de las migraciones tales como las políticas de empleo, la cooperación al desarrollo, la acción exterior, o los asuntos de justicia e interior. Algunos ejemplos de los resultados de este nuevo esfuerzo han sido las comunicaciones de la Comisión sobre “Migración y desarrollo: orientaciones concretas¹⁹”, sobre “Planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración” y sobre “Migración circular y acuerdos de movilidad entre la Unión Europea y terceros países²⁰”. En todos estos documentos se insiste en la necesidad de mejorar la incidencia de las migraciones en el desarrollo de los países de origen de la mano de obra extranjera para lo que sugiere focalizar la atención en medidas concretas que versan sobre temas que van desde el envío de fondos hacia los países de origen o el estímulo del papel de las diásporas establecidas en los Estados miembros a la atenuación de los inconvenientes causados por la fuga de cerebros (*brain drain*), pasando por el refuerzo de la migración circular y la simplificación del retorno²¹.

También es de reseñar tanto la aprobación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo²² (conocido como el PEIA), con el que consigue darse un salto cualitativo en la elaboración de políticas comunes de inmigración, asilo y control de fronteras a nivel comunitario²³, como, en el ámbito bilateral, el

¹⁷ Comunicación de la Comisión sobre el “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” [COM (2005) 184 final].

¹⁸ Consejo europeo, Bruselas, 15-16 diciembre 2005, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/App/NewsRoom/related.aspx?BID=76&GRP=9645&LANG=1&cmsId=339>

¹⁹ COM (2005) 390 final.

²⁰ COM (2006) 735 final y COM (2007) 248 final, respectivamente.

²¹ Pérez Yáñez, R.: “Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 164 y ss.

²² Aprobado en el Consejo Europeo del 15 de octubre de 2008. Documento nº 13189/08 ASIM 68 y disponible en RMTIN, nº 80, 2009, pp. 295 y ss.

²³ De hecho, hay quien considera que “(...) el gran mérito del PEIA ha sido consensuar las grandes líneas de las políticas de inmigración y asilo a nivel de la UE [ya que] (...) sin ser un documento con grandes innovaciones en su contenido, ya que se recoge el acervo comunitario en la materia, si ha constituido un jalón a nivel político muy importante, al fijar el terreno de juego en el que las políticas comunes sobre las cuestiones de inmigración y asilo se desarrollarán en las próximas décadas (...)”, en opinión de Chico Zamanillo, D.: “EL Pacto Europeo de Inmigración y Asilo: método de seguimiento y primer debate anual en presidencia Española”, RMTIN, nº 80, 2009, p. 289.

denominado Plan África, aprobado en mayo de 2006 con el objetivo de favorecer las relaciones de buena vecindad, fortalecer el diálogo político y la cooperación al desarrollo con los países africanos²⁴. La puesta en marcha de este Plan pretende tener un enfoque multidimensional en el que el desarrollo de una regulación adecuada de los flujos migratorios aparece como cuestión de importancia crucial²⁵.

En este contexto, las nuevas medidas propuestas para coadyuvar en el intento porque las migraciones internacionales funcionen de forma eficaz y adecuada pasan por la vuelta a conceptos como migración circular²⁶ y retorno²⁷. En este sentido, se dice que las fórmulas en las que el inmigrante vuelve a su país o tiene la posibilidad de moverse con cierta facilidad entre éste último y el de acogida permitirían no sólo una deseable transferencia de competencias, desde el país de destino donde se trabaja hacia los países de origen en vías de desarrollo sino que, además, generarían una serie de beneficios a los propios inmigrantes y a sus familiares²⁸. En suma, las migraciones circulares lo que proponen es la incorporación de la noción de regreso a las migraciones económicas o profesionales²⁹. Se trata, en definitiva, de un procedimiento de racionalización de las migraciones con motivación laboral que produce tanto

²⁴ Más detalles en Pinyol, G.: “España en la construcción del escenario euroafricano de migraciones”, en Revista CIDOB d’Afers Internacionals, nº 79-80, pp. 87-105 y “La política de inmigración española como un nuevo instrumento de acción exterior”, en Barbé, E. (coord.): *España en Europa 2004-2008*, Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, nº 4, Institut Universitari d’Estudis Europeus, Barcelona, 2008.

²⁵ Ruiz-Giménez, I. y Cebolla, H.: *Origen y causas de la emigración de África a España*, Foro Inmigración y Ciudadanía, nº 12, entro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

²⁶ Se considera “migración circular” a “(...) todo sistema gracias al cual se facilita la circulación de emigrantes o antiguos emigrantes, o la “ida y vuelta” entre el país de origen y el antiguo país de residencia (...)”, en Comunicación de la Comisión de 1 de septiembre de 2005 sobre “Migración y desarrollo: orientaciones concretas” [COM (2005) 390 final].

²⁷ La Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, conocida como “la Directiva del retorno”, vino a establecer una política efectiva de retorno como elemento necesario de una política de migración bien gestionada y a asegurar un enfoque armonizado y más efectivo de los procedimientos nacionales de retorno. Para más detalles véase, entre otros, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 14 y ss.; Cruz Villalón, J.: “La política comunitaria de inmigración”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 39 y ss.; Aguelo Navarro, P. y Chueca Sancho, A.G.: “Directiva de retorno. Directiva de expulsión”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, julio 2008, pp. 121 y ss.; Fajardo del Castillo, T.: “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 33, 2009, pp. 453-499.

²⁸ Pérez Yáñez, R.: “Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 164-165.

²⁹ Alaminos, A., López, C., López, B., Perea, I. y Santacreu, O.: “El retorno de las Migraciones Circulares: La regulación de las migraciones profesionales”, Revista Obets, nº 3, 2009, pp. 59 y ss.

reacciones adversas³⁰ como favorables entre los expertos y que como tantas otras propuestas, sus virtudes y defectos dependerán más de cómo se concrete su reglamentación y aplicación práctica que de su contenido y eficacia³¹.

2.1. Los ¿nuevos? acuerdos bilaterales con terceros países para regular los flujos migratorios laborales

La regulación de los flujos migratorios que se dirigen a España ha adquirido un nuevo perfil en los últimos años como consecuencia de la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores en sus países de origen. Acuerdos éstos que intentan materializar lo que se ha denominado una regulación ordenada de las migraciones que respondiera tanto a las necesidades del mercado de trabajo como a los objetivos de la política migratoria y que suponen, al menos en su filosofía, formas de selección y canalización de la población extranjera a través de la determinación de sus perfiles, su procedencia y su localización en el mercado y el territorio nacional.

Si bien este tipo de acuerdos ya existía con anterioridad –a partir de 2001 se firman los primeros siguiendo los postulados del denominado Plan GRECO³²–, también lo es que su eficacia real ha sido muy limitada. Es por ello por lo que, recientemente, y siguiendo los impulsos europeos, estos acuerdos han crecido cuantitativamente en un escenario internacional preocupado por idear nuevas fórmulas de reclutamiento de trabajadores extranjeros más coherentes con las necesidades de los países de origen y de destino y de los propios inmigrantes³³.

En realidad no se trata de “nuevas fórmulas” en puridad sino más bien del hecho de que las necesidades económicas y demográficas en muchos países de destino hayan “activado” el recurso a modelos del pasado que promocionaban

³⁰ Sólo apuntar, hay quienes piensan que la migración circular es una especie de “migración elegida o *choisie*” que pudiera plantear problemas en materia de igualdad (no solo entre nacionales y extranjeros, sino, dentro de estos últimos, entre inmigrantes de un tipo u otro en función de la clase de migración elegida). De ahí que se apunte que “(...) frente a la migración circular, es necesario prever “derecho circulares” que beneficien a los migrantes tanto en los países de destino como en los de origen además de una cooperación institucional estrecha entre los Estados concernidos (...)”, Elmadmad, Kh.: “Migration circulaire et droits des migrants. Le cas du Maroc », Serie sur la migration circulaire module juridique, CARIM-AS 2008/26, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico de Fiesole (FI), Institut Universitaire Européen, 2008.

³¹ Alaminos, A., López, C., López, B., Perea, I. y Santacreu, O.: “El retorno de las Migraciones Circulares...”, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

³² Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (GRECO).

³³ Ferrero Turrión, R. y López Sala, A.: “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen”, RMTIN, nº 80, 2009, p. 119.

la circularidad migratoria³⁴. Ahora, los antiguos programas de reclutamiento de trabajadores extranjeros temporales se presentan como una alternativa factible a la gestión de las migraciones porque parece combinar en su seno el eterno conflicto entre necesidad y rechazo³⁵. Con todo, es preciso no olvidar que “(...) poner un excesivo énfasis en la creencia de que los Estados bajo el presupuesto de la intervención pueden controlar los procesos migratorios podrían conducir a la conclusión de que los mismos pueden reducirse siguiendo determinadas estrategias (...)”³⁶. Nada más lejos de la realidad. Con todo, el renovado interés que suscitan estos programas de movilidad de trabajadores extranjeros temporales es debido, principalmente, a que parecer ser que contribuyen a una mayor flexibilidad del mercado de trabajo, despiertan una menor oposición social y aparecen como una solución factible para contener la inmigración irregular³⁷.

El cambio de gobierno en el año 2004 marcó un punto de inflexión en los modos de diseñar, gestionar y explicar las políticas migratorias en España. El nuevo modelo de gestión de los flujos migratorios laborales en España se interconecta, desde entonces, con la lucha contra la inmigración irregular, el fortalecimiento del control de fronteras y de las relaciones con terceros países y las políticas de integración en un planteamiento global, integral. El objetivo perseguido por estos nuevos acuerdos bilaterales ha sido pues la regulación de forma ordenada y coherente de los flujos migratorios laborales, el impulso de la cooperación, así como la prevención de la inmigración irregular y de la explotación laboral de los trabajadores. Estos acuerdos regulan los procedimientos, las normas y los principios para la contratación de trabajadores incluyendo la preselección, la selección y la formación en el país de origen, además de prever la coordinación de programas de apoyo al retorno voluntario. Se trata, pues, de mecanismos de cooperación y diálogo entre los Estados miembros de la UE y un tercer país que representan marcos dinámicos que se adaptan con facilidad a los intereses de los Estados miembros y a las necesidades del tercer país³⁸.

³⁴ Para más detalles véase Castles, S.: “Guestworkers in Europe: a Resurrection?”, en *International Migration Review*, vol. 40, nº 4, 2006, pp. 741-766.

³⁵ En Ferrero Turrión, R. y López Sala, A.: “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España...”, *op. cit.*, p. 122, citando a Favell, A. y Hansen, R.: “Markets against Politics: Migration, EU Enlargement and the Idea of Europe”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 28, nº 4, 2002, pp. 581-602.

³⁶ Ramos Quintana, M.I.: “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *RMTIN*, nº 63, 2006, p. 15.

³⁷ Más detalles en Ferrero Turrión, R. y López Sala, A.: “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España”, *op. cit.*, p. 122, citando a Abella, M.: *Policies and Best Practices for Management of Temporary Migration*, ponencia presentada en el Simposio Migraciones Internacionales y Desarrollo, Naciones Unidas, Turín, 2006.

³⁸ Para más detalles *vid.* Do, U. y Huddleston, Th.: “Negociar las migración en el espacio euromediterráneo: el potencial de los partenariados de movilidad de la Comisión Europea”, en *Migraciones*, med. 2009, p. 300-301.

En este contexto, además de ampliarse los países con los que se venían suscribiendo este tipo de acuerdos, también se trabajó en la mejora de los acuerdos ya existentes con Bulgaria, Marruecos, Colombia y Ecuador, especialmente en el aspecto referido al perfeccionamiento de los mecanismos de selección y formación en origen que venía siendo uno de los puntos débiles de los precedentes. La principal novedad fue concebir estos acuerdos desde un enfoque integral de la política migratoria que hiciese partícipes en el proceso de ejecución a los países de origen. Pero también supuso la directa vinculación de la llegada de inmigrantes con las necesidades de mano de obra, o lo que es lo mismo, la “laboralización” de los flujos migratorios.

En definitiva, todas estas iniciativas han conseguido fortalecer las relaciones con los países de origen y tránsito de los flujos migratorios que desde nuestro continente vecino se dirigen hacia España empleando distintas líneas de trabajo. Se ha reforzado también la presencia política e institucional española en África a través de visitas oficiales y de la apertura de embajadas en Malí, Sudán y Cabo Verde y de nuevas oficinas técnicas de cooperación en Cabo Verde, Etiopía y Malí. También se ha creado una consejería de trabajo en Senegal y se han ampliado las agregadurías de interior en Ghana, Nigeria y Senegal. El siguiente paso que restaba dar era la consecución de la firma de acuerdos bilaterales marco con los otros países africanos considerados prioritarios en el Plan África. De este modo la red de países del África subsahariana con los que España tiene algún tipo de convenio en esta materia se ha extendido de forma destacable. Entre 2006 y 2008 se han firmado acuerdos de “nueva generación” con Gambia, Guinea, Mauritania Malí, Cabo Verde y Níger. Estos acuerdos marco de “nueva generación” pretenden impulsar la regulación ordenada de los flujos laborales procedentes de estos países, fomentando la migración circular a través de la contratación en origen. Son acuerdos que se sostienen sobre un análisis estricto del mercado de trabajo para asegurar que los trabajadores extranjeros no sean simplemente mano de obra barata que sustituya a la mano de obra local. Para ello es necesaria la cooperación de todas las administraciones, especialmente, de los gobiernos locales, así como de los potenciales empleadores. Pero también se indica que resulta fundamental que los trabajadores seleccionados tengan las cualificaciones adecuadas para los puestos ofertados. De ahí que este tipo de iniciativas hayan incluido acciones dirigidas a la formación de los trabajadores en origen a través de subvenciones realizadas por el gobierno español. Un ejemplo ha sido la puesta en marcha de las escuelas taller inauguradas en varios países africanos en el 2007.

La principal diferencia, por tanto, entre este tipo de acuerdos y los que hasta la fecha se habían puesto en marcha es que, no sólo pretenden responder a las necesidades laborales del país receptor, sino que entre sus objetivos se incluyen evitar la descapitalización de los países emisores, limitando la fuga

de cerebros (*brain drain*) y fomentando la permanencia de su capital humano. Este último aspecto se ha señalado como una de las virtudes que ofrecen las formas de migración circular frente a los programas de establecimiento definitivo.

De lo que cabe la menor duda es que la firma de estos acuerdos ha inaugurado una nueva política hacia África y ha modificado la orientación de la política española y europea de inmigración. Los acuerdos bilaterales suponen, tanto en el discurso político, como en los dispositivos puestos en marcha, un tipo de intervención que ha optado por una aproximación global al fenómeno en el que está implicados países emisores y receptores. Estas medidas han supuesto, adicionalmente, una vía para fomentar la llegada de migrantes a través de los cauces establecidos por los Estados receptores, transformándose en un mecanismo indirecto de lucha contra los flujos no autorizados; aunque su volumen no puede asegurar, por sí solo, la desaparición de la migración irregular. Todo ello en un contexto más amplio que apuesta por fomentar formas de circularidad migratoria que permiten la estancia temporal, pero que, dado su propio carácter, impulsan el retorno. Este nuevo tipo de movilidad, una movilidad reiterada, pero de ida y vuelta, puede tener efectos positivos para los países de origen, no sólo a través del envío de remesas y la obtención de rentas, sino a través de la formación y capacitación de su capital humano.

La ejecución de estos programas y de esta nueva política se ha encontrado, sin embargo, con algunas dificultades. El alcance de su implantación se ha visto muy constreñido, en primer lugar, por la acción de los países de origen. De ahí la necesidad de ampliar y perfeccionar los mecanismos institucionales y de cooperación que puedan desembocar en un tutelaje efectivo de la mano de obra desde el origen. A ello se une las críticas que han recibido los procedimientos de selección no sólo por parte de los países emisores, sino también por parte del gobierno español. Sin embargo, hará falta esperar unos años para poder realizar una evaluación efectiva del éxito o fracaso de estos programas en nuestro país, puesto que su implantación y puesta en marcha data de fechas muy recientes, como se ha intentado poner de manifiesto en las líneas precedentes. Y es que a las dificultades iniciales propias de la puesta en marcha de iniciativas de nuevo cuño como éstas³⁹, ha de unirse el cambio de coyuntura económica a nivel mundial, que se puso de manifiesto desde las primeras líneas de este trabajo.

³⁹ Abad, G.: "Los desafíos de la UE en materia migratoria: La cooperación con terceros Estados", UNISCI Discusión Papers, nº 15, Oct. 2007, p. 216.

2.2. La gestión colectiva de contrataciones en origen como fórmula de gestión de los flujos migratorios laborales

Desde que en diciembre de 1990, el Gobierno del Estado envió al Congreso de los Diputados un informe titulado “La situación de los extranjeros en España: líneas básicas de la política española de extranjería” han pasado ya dos décadas durante el transcurso de las cuales se han ido sucediendo infinidad de actuaciones gubernativas en la temática que nos ocupa y entre las que, interesa destacar que, por primera vez, se estableció un cupo o contingente de mano de obra extranjera. La apertura de este primer contingente de autorizaciones de trabajo (también denominado cupo⁴⁰) para trabajadores extranjeros no comunitarios⁴¹ se llevó a cabo en 1993 con la aprobación del Acuerdo de 26 de marzo del Consejo de Ministros y, desde entonces, casi todos los años se ha venido estableciendo un contingente anual de autorizaciones administrativas para el trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España, salvo en aquellos años en que se acometieron regularizaciones extraordinarias masivas que desaconsejaron el recurso a este tipo de instrumentos de regulación de flujos migratorios laborales.

El contingente se configura desde entonces como un instrumento de canalización de flujos migratorios laborales que viene a complementar la acción de otros mecanismos de control de flujos, a través del cual los poderes públicos se responsabilizan de la orientación y dirección de los flujos migratorios laborales, en lugar de dejar esta iniciativa exclusivamente en manos del empleador o de las leyes del mercado. Presenta, pues, una doble vertiente: por un lado, se trata de una estimación técnica que permite prever los puestos de trabajo que no pueden ser cubiertos por mano de obra nacional, comunitaria o extranjera extracomunitaria ya residente⁴² en España, constatando la existencia de los denominados “nichos de empleo”, es decir, sectores de actividad en los que, pese a la existencia de una alta tasa de desempleo en España, no son cubiertos por trabajadores españoles; por otro, las ofertas de empleo contenidas en el contingente se dirigen, mayoritariamente, hacia las ofertas de empleo que se

⁴⁰ Se prefiere utilizar el término contingente porque, como indicó el Profesor Naïr, “() las cuotas tienden a hacer valer categorías de personas según nuestras necesidades inmediatas, y a proporcionarles una residencia legal según nuestros solos intereses () Se debe superar, por lo tanto, esta lógica estrictamente instrumental ()”, en Naïr, S.: “Informe balance y orientación sobre la política de codesarrollo vinculada a los flujos migratorios”, 1997, p 7.

⁴¹ Téngase en cuenta que “la superación de los conceptos de nacionalidad y de extranjería la representa la noción de ciudadano comunitario o de ciudadanía comunitaria...Con ello, se da a entender que, efectivamente, los nacionales de Estados de la Unión no son extranjeros propiamente dichos”, en Ramos Quintana, M.I.: “Trabajadores extranjeros e integración social”, TL, nº 54, 2000, pp. 9 y 14.

⁴² El término residente supone el disfrute de una situación administrativa regular.

registran en el mercado laboral pero que se suelen cubrir con mano de obra extranjera irregular. Es por ello por lo que, indirectamente, el contingente funciona como instrumento de política de empleo ya que se utiliza como medida de endurecimiento o flexibilización del mercado de trabajo español respecto de la mano de obra extranjera, en función de las necesidades que éste manifieste.

Con esta política de canalización de flujos migratorios laborales a través del establecimiento de un sistema de cuotas o cupos se pretende, en suma, una gestión eficaz de los mismos al ajustarse éstos a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo. En este sentido, la última de las reformas en esta materia, llevada a cabo por la LO 2/2009 sobre la LO 4/2000 (en adelante, LOEX), persigue, entre sus objetivos, perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, apostando, una vez más, por una inmigración ordenada en un marco de legalidad y consolidando una política migratoria española que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.

Dicho esto, interesa destacar cómo, la primera vez que hizo aparición la figura del contingente en una ley fue con ocasión de la aprobación de la LO 4/2000⁴³. Ésta vino a derogar la anterior Ley de Extranjería (LO 7/85), pero no su segundo reglamento de desarrollo (RD 155/96), salvo en lo que se opusiera a la nueva regulación, de manera que se mantenía su legitimidad hasta que se dictase el nuevo en un plazo estimado en seis meses (D.F.sexta). Sin embargo, de la LO 4/2000 se decía que nació aquejada de una cierta provisionalidad tanto por la imposibilidad de proceder a su desarrollo reglamentario en el plazo previsto como por el hecho de que el partido en ese momento gobernante volviera a ganar las elecciones y lo hiciera de forma que estuviese en condiciones de cumplir su promesa electoral de modificar inmediatamente esta Ley, como finalmente ocurrió mediante la aprobación de la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

La LO 4/2000 (en adelante, LOEX), pese a no contar con un Preámbulo en el que el legislador expusiera los motivos que lo habían llevado a legislar en tal

⁴³ Y es que ni la LO 7/1985 ni su primer reglamento de desarrollo aprobado por el RD 1119/1986, de 26 de mayo, contenían previsión alguna respecto del contingente ya que, según se ha apuntado, éste apareció por primera vez en el Acuerdo del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 1991, al que se hizo referencia líneas atrás, si bien no se aprobó el primero hasta 1993. Tras diez años de vigencia de la LO 7/85 y su primer reglamento de desarrollo, y tras sufrir diversas reformas parciales justificadas en el hecho de que su aplicación no consiguió el propósito manifestado por el legislador en el Preámbulo de la Ley, se aprobó un segundo reglamento de desarrollo, el RD 155/1996, de 2 de febrero, que vino a dotar al contingente, por primera vez, de cobertura normativa formal (con rango reglamentario) al incorporarlo a su cuerpo dispositivo, concretamente en su art. 70, en el que se preveía un procedimiento específico que se caracterizaba por una serie de rasgos definidores que planteaban no pocos problemas en su aplicación.

sentido, se consideraba una ley necesaria no sólo para adaptarla a las demandas de la nueva realidad migratoria imperante, sino para sentar las bases para que los extranjeros se integrasen en nuestro país, abarcando así una dimensión mucho más amplia y globalizadora del tratamiento de la extranjería, tal y como se desprendía del propio título de la norma: *los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. No desmerecía ese loable propósito de suavización de los esquemas tradicionales (normas de policía que van cediendo ante la necesidad de garantizar la integración) el hecho de que se decidiera canalizar la inmigración “por cauces como la contingentación de la mano de obra extranjera y un mayor control sobre los flujos económicos de entrada y salida, [que] en definitiva, son nuevas fórmulas en las que el sistema económico sigue estableciendo los modos en que admite (y somete a control) la incorporación de nueva mano de obra extranjera para la satisfacción de los objetivos que se propone alcanzar⁴⁴”. Y ello porque ambas tendencias, suavización de los esquemas tradicionales y canalización de flujos, no se entendían opuestas sino complementarias entre sí, de tal manera que venían a confirmar la apuesta del legislador por un modelo de gestión de flujos migratorios más controlado y limitado pero, al tiempo, más integrador⁴⁵.

Es en este contexto en el que ha de ubicarse la introducción, por primera vez en una norma con rango legal, de la figura de un contingente anual de mano de obra extracomunitaria no residente en España, para, así, entender en toda su magnitud las consecuencias de tal incorporación. Y es que ya del simple hecho de que se hable de “contingentación de la mano de obra extranjera” se deduce la trascendencia con que pretende dotarse a este instrumento de control y canalización de flujos migratorios laborales hacia el mercado de trabajo español y la consiguiente priorización del mismo respecto del resto de instrumentos previstos a tal fin. De esta forma la LOEX insta, como formas de acceso directo al empleo de los extranjeros extracomunitarios en España, la existencia de dos regímenes: uno prioritario para la concesión de las autorizaciones administrativas para trabajar vía contingente, y otro régimen distinto para las ofertas de trabajo independientes al mismo a través del sistema general de libre acceso individual. De tal manera que el régimen de contingente intentaba configurarse como el prioritario, a la par que coexistía con ese otro previsto tanto para las

⁴⁴ Ramos Quintana, M.I.: “Trabajadores extranjeros...”, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵ Meses después, en diciembre del mismo año, llegaría la reforma de la LO 4/2000, por obra de la LO 8/2000, que encontraba su fundamento jurídico en las deficiencias técnicas y lo incompleto de cuestiones tales como la que ahora es objeto de análisis en la Ley de enero. Más detalles en Purcalla Bonilla, M.A.: “La regulación de los derechos y libertades y de la integración social de los extranjeros”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 218, 2001, p. 72.

ofertas exceptuadas de la tramitación vía contingente (art. 38.2 LOEX⁴⁶), como para las no coincidentes con el mismo y que se realizaban con independencia de la disponibilidad de plazas en el contingente.

Y es que con el hecho de que todas las ofertas de empleo debieran de tramitarse vía contingente, salvo las precisiones hechas, se intentaba reforzarlo como instrumento de gestión de flujos migratorios laborales, lo que venía a explicar tanto su carácter anual como su prioridad respecto del resto de instrumentos reguladores de flujos previstos por el Derecho de Extranjería español. No obstante, y pese a lo positivo de la reforma (formal) operada en este sentido, materialmente tanto la carencia de desarrollo reglamentario y el forzoso recurso al preexistente⁴⁷ como los escasos contenidos de la LOEX al respecto, impidieron no sólo la consecución de los objetivos inicialmente marcados, sino, incluso, la consideración del contingente como vía prioritaria de acceso al mercado de trabajo español de los inmigrantes.

El nuevo reglamento de desarrollo de la LOEX llegaría con la aprobación del RD 864/2001 en el que el contingente se regulaba en un único precepto (el art. 65) con 11 apartados y cuyo contenido podía ser calificado de cualquier modo menos de claro y ordenado. Dada su escasa vigencia temporal y los innumerables problemas prácticos y reprimendas jurídicas de los tribunales que su aplicación llevó aparejados⁴⁸, parece más apropiado dedicar las páginas que siguen a la normativa actual en la que el nuevo reglamento, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, de incuestionable trascendencia para -según indica el propio texto- “la arquitectura del sistema migratorio actual”, particularmente en lo que hace al acceso al empleo de los extranjeros y su trabajo en nuestro país (en adelante, REX).

Finalmente, y como una muestra más del enorme dinamismo característico de esta temática, quiere señalarse que la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha venido a reformar, una vez más, a la LO 4/2000 en la versión

⁴⁶ a) cubrir puestos de confianza, b) cuando se trate del cónyuge o hijo de extranjero residente en España, c) cuando se trate del titular de una autorización previa de trabajo que pretenda su renovación, d) en el caso de los trabajadores necesarios para el montaje o reparación de una instalación o equipos productivos, e) en el caso de los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la fecha de la pérdida de tal condición.

⁴⁷ Art. 70 RD 155/96 y Resolución de 11-1-1999.

⁴⁸ Interesa destacar en este momento la polémica suscitada por la regulación reglamentaria del contingente a partir del año 2002, en concreto la Resolución de 11 de enero de 2002, desarrollada por una Circular de 16 de enero, que disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se fijaba el contingente para el año 2002, acuerdo mediante el que se pretendía canalizar adecuadamente el flujo migratorio desde los países de origen hacia España, pero que en la práctica significó la suspensión de la tramitación de permisos de trabajo que se solicitan con oferta nominativa de empleo. Para más detalles, *vid.* Rojo Torrecilla, E.: “Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros”, en *VVAA: Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p. 482.

vigente hasta diciembre de 2009. Según la propia Exposición de motivos de la Ley 2/2009, tres son las causas que justifican la reforma que se propone de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual:

- a) La necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales en virtud de sentencias como la 236/2007, de 7 de noviembre, o la 259/2007, de 19 de diciembre, en las que se reconoce que la exigencia que la indicada ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a las Constitución.
- b) La necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la indicada Ley Orgánica, las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente, entre ellas, la Directiva 2003/109/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁴⁹; la Directiva 2008/115/CEE, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal⁵⁰; o la Directiva 2009/50/CE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado⁵¹, entre otras.
- c) Y, por último, pero no por ello menos importante, la necesidad de adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la ley. Y es que, la propia ley destaca que la inmigración es una realidad que está en constante cambio y, precisamente por ello, el legislador está obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean.

2.2.1. Las características definitorias del actual modelo de contingente

El modelo de contingente contenido en la normativa de extranjería actualmente vigente, se describe en el art. 39 LOEx que viene a prever que “*el Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión*

⁴⁹ DOUE de 23 de enero de 2004.

⁵⁰ DOUE de 24 de diciembre de 2008.

⁵¹ DOUE de 18 de junio de 2009.

colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. La mencionada previsión tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración”.

Como se acaba de adelantar, la LO 2/2009, de 11 de diciembre, última de las reformas de la LO 4/2000, ha modificado, entre otros preceptos, el art. 39 relativo al contingente de trabajadores extranjeros, pudiéndose señalar, como innovaciones principales al respecto, la nueva denominación del procedimiento como “gestión colectiva de contrataciones en origen” y la atribución al Ministerio de Trabajo e Inmigración (en adelante, MTIN) de su aprobación.

Con todo, para comprender mejor la elaboración del contingente descrita de forma tan somera en el citado precepto legal es preciso acudir al desarrollo reglamentario del mismo contenido en el art. 79 REX⁵² y que, mientras no se apruebe un nuevo Reglamento de desarrollo a raíz de la última de las reformas legales apuntadas, está en vigor⁵³. Este precepto regula un procedimiento específico para la elaboración del contingente que aglutina toda una serie de acciones destinadas a proponer al Ministerio de Trabajo e Inmigración (ya no el Gobierno como con al amparo de la anterior normativa) el contingente de trabajadores extracomunitarios que el mercado laboral español parece exigir. Estas acciones, según la nueva redacción legal, y a falta de desarrollo reglamentario, se han simplificado considerablemente respecto de la regulación contenida en la norma reglamentaria anterior: la propuesta de contingente, que aprueba definitivamente el MTIN, corresponderá a la Secretaría de Estado Inmigración y Emigración, previa consulta a la Comisión de Trabajo Tripartita de Inmigración⁵⁴ y deberá tener en cuenta, en cualquier caso, la información sobre la situación nacional de empleo proporcionada por el Servicio Público de Empleo Oficial, así como las propuestas que elevan las Comunidades autónomas.

Por otro lado, de ambos textos legales se desprenden una serie de características básicas del contingente de autorizaciones administrativas referidas al

⁵² Más concretamente, los arts. 77-83 de la citada norma reglamentaria (agrupados en el Título V) son los encargados de dotar de contenido al art. 39 LOEx.

⁵³ La LO 2/2009 ordena la adaptación reglamentaria en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, pero ya superado hace casi un año, la falta de desarrollo reglamentario y el incumplimiento de los plazos inicialmente previstos unido a la ausencia de instrucciones precisas sobre algunos de los preceptos, complican sobre manera la aplicación de la citada ley

⁵⁴ Órgano colegiado, adscrito al MTIN y dependiente de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, del que forman parte las organizaciones sindicales y patronales más representativas a nivel estatal. Más detalles en la Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio.

trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España respecto de las cuales se destacan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, es el MTIN el que establece el citado contingente, con carácter anual, si bien, se lo despoja del carácter preceptivo con que se contemplaba en la versión inicial de la LO 4/2000, configurándolo, como instrumento meramente potestativo al añadir la coletilla de “*siempre que exista necesidad de mano de obra*”. Sin embargo, la anualidad y la no obligatoriedad son características que se contradicen entre sí ya que, desde una perspectiva jurídico-crítica, no tiene mucho sentido el que se prevea el establecimiento anual del contingente si, a continuación, se lo va a dotar de un carácter discrecional. Con ello, sólo es posible considerar que el propósito del legislador ha sido o bien el de considerar la anualidad como un criterio de duración temporal (doce meses y no en referencia al año natural, con lo que se evita que si el MTIN no lo aprueba en enero esté incumpliendo con la legalidad establecida), o bien, esperando que el MTIN salve el escollo previendo un contingente mínimo, o incluso, cero, como de hecho ha venido ocurriendo en los tres últimos aprobados (2009-2011).

En segundo lugar, y como característica heredada de la regulación contenida en la versión inicial de la LO 4/2000, se presta especial atención a la situación nacional de empleo, que también ha de ser tenida en cuenta para el sistema general de libre acceso individual, si bien es el momento en que se valora tal criterio, lo que diferencia a ambos. De tal manera que mientras en el contingente la mencionada valoración tiene un carácter apriorístico, en el sistema general, se tendrá en cuenta en el momento concreto de la resolución de la solicitud individual de autorización administrativa para trabajar (más comúnmente, el permiso de trabajo).

Como ya se ha adelantado, el MTIN, en la determinación final del contingente, habrá de tener en cuenta las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas y dar audiencia previa a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Pero, además, se refuerzan las referencias a la determinación de los ámbitos territoriales y sectores de actividad concretos, cobrando especial incidencia la actuación a nivel autonómico, provincial y local para tal determinación. Y es que es a nivel inferior donde se perciben mejor este tipo de necesidades, sin embargo no está exento de problemas de coordinación dado el cierto grado de descentralización que ello supone.

Se fortalece el requisito de que las ofertas de empleo que se ofrecen a través del contingente han de ir referidas a trabajadores extranjeros que ni se hallen ni sean residentes en territorio nacional. Así, en la línea ya apuntada, el art. 77.3 del REx insiste, a propósito del contingente, que “(...) *permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en*

España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen (...)". De lo que se deriva la confirmación fehaciente de una de sus claves de bóveda, esto es, el configurarse como un procedimiento de gestión de la contratación de trabajadores foráneos cuya colocación se planifica y propicia en España, tramitándose parte del proceso en el país de origen o residencia del extranjero. Por otro lado, se consigue así evitar su uso como mecanismo regularizador de situaciones irregulares de los extranjeros en España, que, por otro lado, tendrán posibilidad de acogerse a la regularización permanente prevista en el art. 31.3 LOEx⁵⁵. De esta forma, la regulación contenida en el REX, al igual que se ha venido haciendo desde el año 2002 *de facto*, "(...) corrige aquel defecto técnico observado en la normativa anterior y destacado abundantemente por la doctrina científica (...)"⁵⁶.

Se ha dejado para el final el que se ha dado en considerar el rasgo definitorio más característico del contingente y más polémico, esto es, su pretendida prioridad frente a cualesquiera otras formas de acceso al mercado de trabajo español. Y es que, la reforma operada por la LO 8/2000 ha optado por mantener, formalmente, las dos formas combinadas de acceso directo al empleo previstas en la versión inicial de la LO 4/2000: la primera a través del contingente reservado para los extranjeros que no se encuentren en España y cuya fijación será anual y con expresa indicación de sectores y actividades profesionales y territoriales; y, la segunda, referida al sistema general de libre acceso mediante solicitud individualizada. Sin embargo, la prioridad del primero respecto del segundo sólo puede pretenderse *de facto* por lo que supone de regulación programada de flujos migratorios laborales pero no *de iure* como se pretendió con ocasión del contingente de 2002, lo que mereció la reprimenda jurídica de los tribunales. Se confirma, pues, tanto la coexistencia de ambos sistemas de acceso al empleo de la mano de obra extranjera como la prioridad formal del contingente respecto del acceso general vía autorizaciones de trabajo, vía ésta última que la norma reglamentaria prevé que complementa pero no compute a los efectos de la primera. Es decir que los trabajadores extracomunitarios que pretendan acceder al mercado de trabajo español tendrán dos posibilidades

⁵⁵ Por la vía del proceso de regularización permanente del art. 31.3 LOEx la Administración podrá acordar una autorización de residencia temporal por arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que sean reglamentariamente determinadas. En estos casos no será exigible el visado.

⁵⁶ Rojo Torrecilla, E.: "Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros", en VVAA: *Comentarios al Reglamento de Extranjería, op. cit.*, p. 482. En idéntico sentido, se ha apuntado que al no exigirse que el trabajador se encontrara fuera del territorio nacional y en su lugar de origen, "(...) sirvió también, pese a sus limitaciones cuantitativas pues las previsiones quedaban fácilmente desbordadas, para encubrir verdaderos procesos de regularización de los extranjeros que ya se encontraban en España (...)", López Gandía, J.: "El acceso al empleo del extranjero", en VVAA: *Estudios sobre Extranjería*, Bomarzo, 2005, pp. 91-129.

alternativas o sucesivas, que no simultáneas, ya que sólo en el caso de que su oferta de empleo no pudiera tramitarse vía contingente, se tramitará vía sistema general individual de libre acceso. No podrán tramitarse por la vía prioritaria del contingente las ofertas de empleo que no coincidan con las en él previstas⁵⁷ o que se encuentren exceptuadas del mismo, ya sea por estar exentos de la obligación de solicitar autorización administrativa para trabajar, ya por no aplicárseles la situación nacional de empleo, ya por ser titulares de otras autorizaciones para trabajar en las que tampoco se tiene en cuenta la situación nacional de empleo.

Finalmente, es importante diferenciar dos aspectos fundamentales en el procedimiento del contingente: la flexibilidad y la selectividad. El primero sometido al criterio de la situación nacional de empleo y el segundo hace alusión a la nueva y original manera de organizar, bajo la forma de un catálogo, las ocupaciones de difícil cobertura. Pero veámoslos un poco más detenidamente.

Flexibilidad y situación nacional de empleo

El art. 78 REx, encargado de concretar cómo debe desarrollarse el acuerdo del Consejo de Ministros que apruebe la regulación del contingente anual, prevé, en su apartado 4, que “(...) a lo largo del año se podrá revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo admisibles en el marco del contingente, para adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo (...)”. Tal previsión merece una valoración positiva porque la previsión numérica del contingente queda de esta forma condicionada y por tanto susceptible de ser modificada, *ad futurum*, frente a los posibles incrementos de la población extranjera y a las necesidades que el mercado de trabajo manifieste respecto de mano de obra foránea⁵⁸.

De hecho, y precisamente por aplicación de este precepto, en los momentos en que se escriben estas líneas, ya han comenzado a oírse voces en el sentido de reducir el número de ofertas de empleo contenidas en el contingente para garantizar el empleo a los trabajadores nacionales en coyunturas económicas difíciles como las que impera en estos momentos. Es por ello por lo que, tras insinuarse desde el propio MTIN la “aproximación a cero” de la cifra de trabajadores extranjeros contratados en sus países de origen para el año 2009, en los tres últimos aprobados (2009-2011) se ha podido constatar un descenso más que considerable (901, 168 y 14, respectivamente).

Dada la obvedad de las cifras aportadas en el cuadro I, sólo señalar como ha sido precisamente en los sectores económicos en los que tradicionalmente

⁵⁷ En cuanto a la no coincidencia, va referida a tres variables: ámbito temporal, territorial y sector de actividad profesional. En caso de coincidir las tres, la oferta de empleo formulada al margen del contingente, se habrá de reconducir al mismo para evitar solapamientos.

⁵⁸ Rojo Torrecilla, E.: “Artículo 78. Contenido del contingente”, en VVAA: *Comentarios al Reglamento...*, *op. cit.*, p. 486.

se ha venido recurriendo a mano de obra extranjera en el marco de los contingentes anuales -como es el caso de los 5 primeros y el último, esto es, construcción, hostelería, transporte, comercio, agricultura y servicios-, en los que se constata un claro retroceso en el número de las ofertas. Y ello en consonancia tanto con los niveles de desempleo que se están generando en tales sectores como con el respeto a la idea de priorizar el empleo de nacionales en coyunturas como la actual, tal y como exige el criterio de la situación nacional de empleo.

CUADRO I: LAS CIFRAS DE LOS CONTINGENTES POR SECTORES ECONOMICOS DESDE 2004⁵⁹

| SECTORES ECONOMICOS | 2004 ⁶⁰ | 2005 ⁶¹ | 2006 ⁶² | 2007 ⁶³ | 2008 ⁶⁴ | 2009 ⁶⁵ | 2010 ⁶⁶ | 2011 ⁶⁷ |
|------------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Construcción | 2.227 | 1.281 | 4.868 | 0 | 1818 | 6 | 0 | 0 |
| Hostelería | 1.928 | 1.002 | 3.704 | 0 | 4267 | 12 | 0 | 0 |
| Transporte | 1.134 | 539 | 1.091 | 0 | 818 | 4 | 0 | 0 |
| Comercio | 870 | 480 | 1.257 | 0 | 2570 | 0 | 0 | 0 |
| Agricultura | 816 | 577 | 884 | 0 | 659 | 24 | 0 | 0 |
| Industria Metal | 1.616 | 929 | 1.753 | 0 | 2445 | 364 | 8 | 0 |
| Industria Textil | 42 | 25 | 55 | 0 | 35 | 0 | 0 | 0 |
| Industria Madera | 149 | 70 | 502 | 0 | 225 | 51 | 0 | 0 |
| Industria Alimentaria | 611 | 373 | 797 | 0 | 305 | 46 | 0 | 0 |
| Otras Industrias | 150 | 125 | 8 | 0 | 112 | 42 | 24 | 0 |
| Pesca | 170 | 170 | 137 | 0 | 200 | 100 | 0 | 0 |
| Servicios | 1.195 | 726 | 1.822 | 455 | 2277 | 252 | 136 | 14 |
| TOTAL | 10.908 | 6.594 | 16.878 | 455 | 15731 | 901 | 168 | 14 |

La variable principal tenida en cuenta para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena es la situación nacional de empleo que determina la posibilidad de contratación a través de cualquiera de

⁵⁹ FUENTE: Elaboración propia sobre la base de los datos de cada uno de los contingentes.

⁶⁰ Decisión de 22 enero 2004 (BOE de 29 enero 2004).

⁶¹ Acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de diciembre de 2004, para prorrogar el contingente 2004 (BOE de 5 de enero de 2005).

⁶² Decisión de 30 diciembre 2005 (BOE de 17 enero 2006).

⁶³ Decisión de 26 diciembre 2006 (BOE de 9 enero 2007).

⁶⁴ Decisión de 26 diciembre 2007 (BOE de 12 enero 2008).

⁶⁵ Decisión de 26 diciembre 2008 (BOE de 7 enero 2009).

⁶⁶ Orden TIN/3498/2009, de 23 diciembre, por la cual se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010.

⁶⁷ Orden TIN/3364/2010, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2011 (BOE de 30 de diciembre 2010). Éste último incorpora novedades respecto de sus precedentes como el hecho de que a través de este tipo de ofertas se podrán contratar extranjeros para el desempeño de las ocupaciones recogidas en el anexo I de la presente Orden, en la cifra prevista en el mismo para cada ocupación y provincia, todas ellas referidas de médicos, con distintas especialidades, y a provincias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

las dos vías de acceso al mercado de trabajo español apuntadas. Y es que, salvo en aquellos supuestos exceptuados de su toma en consideración, “(...) dicha situación permitiría la contratación de trabajadores extranjeros cuando no existan en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empleadores (...)”. De su importancia como condición o presupuesto para obtener la correspondiente autorización da cuenta el tratamiento y ubicación que le dispensan tanto la LOEx como el REx⁶⁸, éste último añadiendo nuevas excepciones que se adicionan al listado previsto legalmente⁶⁹.

Los elementos que tradicionalmente han permitido considerar la situación nacional de empleo⁷⁰ son los siguientes:

- la insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional tanto españoles, como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa.
- que la gestión de la oferta de empleo presentada por el empleador o empresario, como paso previo a la solicitud de autorización administrativa para trabajar inicial, ante el servicio público de empleo (en adelante, SPE) se haya concluido con resultado negativo. El SPE encargado de tal gestión tiene un plazo máximo de quince días para certificar la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta. Esa certificación individual podrá ser sustituida, por la autoridad competente para resolver sobre el autorización administrativa para trabajar, por una certificación colectiva, válida por dos meses, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores.
- el régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

Interesa hacer una serie de consideraciones respecto de las novedades que ha venido a incorporar el REx respecto de los escasos contenidos reglamentarios precedentes. La primera referida al nuevo rol adjudicado a los servicios públicos de empleo, la segunda respecto de la gran importancia otorgada por

⁶⁸ En sus arts. 38.1 y 50.a), respectivamente.

⁶⁹ Art. 40 de la LOEx que recoge hasta doce supuestos, calificados como específicos y reconducibles a circunstancias relacionadas con la condición de menor tutelado, apátrida o refugiado del extranjero, su parentesco con nacionales o nacidos en España, el trabajo a desarrollar en nuestro país o la titularidad o concesión previa de algunos otros tipos de autorizaciones. A este listado se suman los dos nuevos supuestos reglamentarios referidos a nacionales de Estados con los que se haya suscrito, en los términos previstos, un convenio o acuerdo internacional al efecto.

⁷⁰ Sobre la relaciones existentes entre el contingente y la suficiencia de trabajadores, *vid.* Camos Victoria, I.: “El contingente de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004, pp. 89 y ss.

el legislador a la certificación acreditativa de haber gestionado la oferta de empleo ante los SPE.

En relación con la primera de las dos consideraciones que se quiere plantear, va referida al importante rol con que pretende dotarse a los SPE en cuanto a la certificación acreditativa del resultado de la gestión realizada a solicitud del empleador o empresario, previa a la solicitud de autorización administrativa para trabajar, en la que se hace constar tanto la insuficiencia de mano de obra como la imposibilidad de que las ofertas sean cubiertas por desempleados inscritos como demandantes de empleo. Con estas previsiones reglamentarias se vienen a colmar las lagunas existentes sobre quién y cómo debía acreditar tales trámites previos a la solicitud de las autorizaciones administrativas para trabajar, ganando en seguridad jurídica y fortaleciendo el rol de los SPE en el marco de la política de empleo activa que se viene desarrollando en nuestro país desde hace ya algún tiempo.

Respecto de la crucial importancia de la certificación acreditativa de haber gestionado la oferta de empleo ante los SPE competentes en aras a dilucidar los extremos apuntados viene a resaltarse en el REX al preverse que cuando el empresario o empleador no acredite el haber cumplido con tal obligación, con carácter previo, la autoridad competente podrá resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización administrativa para trabajar (*ex art. 84.5 LOEX*). Con ello se gana en seguridad jurídica ya que, como acertadamente apuntaron los sindicatos⁷¹ en algún momento del debate parlamentario previo a la aprobación del REX.

Selectividad y el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura

Como técnica de canalización, control y contención de la llegada de trabajadores foráneos, la fórmula del contingente es una herramienta que permite, además de la modulación de los flujos migratorios, seleccionar la nacionalidad u origen de la mano de obra, modalizando en mayor medida el perfil del trabajador requerido. Así, por aplicación de lo previsto en el art. 78.5 del REX, para las ofertas incluidas en el contingente se dará preferencia a los nacionales de países con los que España haya suscrito los correspondientes acuerdos sobre regulación u ordenación de las migraciones.

Ya se ha tenido ocasión de adelantar líneas atrás que la regulación de los flujos migratorios que se dirigen a España ha adquirido un nuevo perfil en los últimos años como consecuencia de la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores en sus países de origen. Acuerdos éstos que intentaban materializar lo que se ha denominado una regulación ordenada de las migraciones que respondiera tanto a las necesidades del mercado de trabajo como a

⁷¹ Informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes al segundo borrador de Reglamento de la LO 8/2000, en www.reicaz.es/extranjeria

los objetivos de la política migratoria y que suponían, al menos en su filosofía, formas de selección y canalización de la población extranjera a través de la determinación de sus perfiles, su procedencia y su localización en el mercado y el territorio nacional. La principal novedad fue concebir estos acuerdos desde un enfoque integral de la política migratoria así como la directa vinculación de la llegada de inmigrantes con las necesidades de mano de obra. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2009 reitera que, con la incorporación de las modificaciones que ella acomete se consolida una política de inmigración que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo. En este sentido, entre otras medidas, se regula con mayor nivel de concreción la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

Se trata de Colombia, Ecuador, Marruecos y República Dominicana, países todos ellos con particularidades específicas y que pueden justificar la firma del acuerdo. Así, “(...) mientras que Marruecos es nuestro principal vecino mediterráneo, los países de Centro y Sudamérica tienen estrechos lazos históricos con España, y los países del este europeo están proporcionando una amplia mano de obra básicamente durante temporadas, notándose especialmente su presencia en el sector agrario (...)”⁷². Pese a las ventajas, declaradas o implícitas, de esta solución, desde la doctrina especializada se ha alertado sobre el riesgo de que pueda producirse una situación jurídica que implique una discriminación por razón de nacionalidad, en cuanto que el empresario estará seleccionando a uno o más trabajadores justamente por su nacionalidad y no sólo por sus conocimientos y habilidades⁷³.

En estrecha relación con lo precedente, pero desde una perspectiva objetiva (las ocupaciones de difícil cobertura) y no subjetiva (los sujetos seleccionables), hay que destacar otra novedad: la incorporación del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura⁷⁴, como instrumento fundamental para la coordinación de las políticas de mercado de trabajo e inmigración que permite valorar la situación nacional de empleo así como determinar las posibilidades de contratación de extranjero. Pero, además, y como se ha señalado acertadamente, éste va a permitir que las personas que busquen trabajo se informen de las necesidades no cubiertas del mercado de trabajo, funcionando no sólo como un observatorio periódico y

⁷² Rojo Torrecilla, E.: “artículo 78. Contenido del contingente”, en VVAA: *Comentarios al Reglamento...., op. cit.*, p. 484.

⁷³ Álvarez del Cubillo, A.: “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, RDS, nº 23, 2003, pp. 117 y ss.. Además, para un tratamiento detallado y extenso sobre el tema, *vid.* varios capítulos de la obra de Trinidad García, M^a. L. y Martín Martín, J.: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España: Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, 2005, Lex Nova.

⁷⁴ Decisión de 4 de noviembre de 2005. Para consultar la aprobación trimestral del mismo, véase <http://www2.inem.es/catalogoOcupaciones/web/asp/catOcupaciones.asp>

preciso acerca de las necesidades de formación, sino, en última instancia, como un servicio que agiliza la tramitación de la contratación de los inmigrantes en origen⁷⁵. En otras palabras, este tipo de catálogos, al que se alude en el art. 50.a) REX, contiene las ocupaciones en las que los Servicios Públicos de Empleo han encontrado dificultad para gestionar las ofertas de empleo que los empleadores les presentan cuando quieren cubrir puestos de trabajo vacantes a través de la vía general, esto es, con independencia del contingente anual.

El catálogo está desagregado por provincias, islas en el caso de las Comunidades Autónomas Baleares y Canarias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y tiene carácter trimestral⁷⁶, extendiéndose su vigencia desde el segundo hasta el último día laborable del trimestre natural siguiente al de su publicación. La presencia de una ocupación en el catálogo de la zona geográfica de que se trate, implica, para el empleador, la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida a un trabajador extranjero⁷⁷. Pese a tratarse de un recurso de primer orden que permite -respecto a las ocupaciones así calificadas- la tramitación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, para aquéllas no incluidas en dicho catálogo continúa siendo operativa la certificación de la gestión de la oferta de empleo, emitida por el correspondiente servicio público⁷⁸.

En cualquier caso, la crisis económica también ha hecho mella en el contenido dicho del catálogo y, ya a lo largo de 2009 éste ha sido objeto de una concreción muchísimo más restrictiva que en años precedentes con la clara intención de adaptarlo a la nueva situación del mercado de trabajo español. Así, y según datos del último publicado (cuarto trimestre de 2010⁷⁹), se constata la

⁷⁵ Sacristán Romero, F.: “Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España”, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº 12, 2006, p. 71.

⁷⁶ El último de estos catálogos referido al tercer trimestre de 2010, puede consultarse en https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/pdf/dificil_cobertura/CatalogoOcupacionesDificilCobertura.pdf

⁷⁷ Según la Instrucción Tercera de las Instrucciones DGI/SGGCFM/03/2008, dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008, “(...) en los supuestos de ofertas de carácter temporal para ocupaciones incluidas en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, para acreditar que los Servicios Públicos de Empleo han tramitado previamente tales ofertas, se considerará suficiente la certificación de dichos Servicios en la que se exprese que se ha recibido la oferta y que se ha realizado el trámite de su publicación (...)”.

⁷⁸ Según apunta el ya citado art. 50.a) del REX, tal certificación será emitida en el plazo máximo de 15 días y dará cuenta del resultado negativo de la gestión de la oferta de empleo, acreditando la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para su aceptación. La Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el citado precepto.

⁷⁹ Disponible en https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/pdf/dificil_cobertura/CatalogoOcupacionesDificilCobertura.pdf

presencia principal de empleos relacionados con las ciencias de la salud (médicos, farmacéuticos, logopedas, protésicos dentales, etc.), distintas ingenierías y profesores de Formación profesional, muy de infrecuente oferta por parte de la mano de obra extranjera. En caso de que el empleo no se incluye en el catálogo, el empleador deberá presentar una oferta en la agencia para el empleo, aplicándose lo que se dijo en el párrafo anterior en lo referido a la situación nacional de empleo.

2.2.2. Del impacto de la crisis económica en el número de contrataciones colectivas en origen aprobada en los años 2009-2011

Como se dijo líneas atrás, el contingente se presenta como un instrumento que se adapta a las necesidades del mercado español, de modo que las cifras que en él se prevén no sólo son dinámicas, sino revisables en el momento en que así se considere oportuno.

Es por ello por lo que se aprecian diferencias considerables entre los contingentes aprobados entre los 2006-2008 y los aprobados entre 2009-2011 (*vid. supra* cuadro I). En el último trienio, el MTIN, consciente de la importancia de la contratación en origen de trabajadores extracomunitarios como instrumento de adaptación de flujos migratorios y la necesidad de garantizar la cobertura de las ofertas de empleo no cubiertas por el mercado laboral nacional, si bien ha seguido considerando preciso aprobar un cierto número de contrataciones colectivas en origen, sin embargo lo ha ido reduciendo cuantitativamente como consecuencia directa de la fortísima crisis económica y de empleo actual: para el 2009, 901 ofertas (principalmente referidas a la industria del metal y a los servicios); para el 2010, 168 ofertas (substancialmente centradas el sector servicios); y para el año en curso, 14 ofertas (referidas todas ellas a ocupaciones de médico, en diferentes especialidades, y a la Comunidad Autónoma de Castilla y León exclusivamente⁸⁰).

Si a ello se une que, según los últimos datos disponibles referidos al 3º trimestre de 2010⁸¹, la tasa total de desempleo en España es del 19.7%, siendo la de los trabajadores extranjeros de casi el 30% (29.3%), resulta evidente que el impacto sobre la gestión colectiva de las contrataciones en origen para los años 2010-2011, se haya traducido en los recortes cuantitativos apuntados. Nunca antes las cifras habían sido tan elocuentes y ahora más que nunca, y pese a la situación descrita, cabe insistir en que (...) la importancia estratégica que se quiere dar a este peculiar mecanismo no se corresponde con su significación cuantitativa (...) ⁸².

⁸⁰ En Anexo I de la Orden TIN/3364/2010, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2011 (BOE de 30 de diciembre 2010).

⁸¹ Según datos EPA disponibles en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0310.xls>

⁸² Escudero Rodríguez, R.: "Claves legislativas en materia de inmigración...", op. cit., p. 190.

2.3. Las facilidades al retorno voluntario: Los distintos programas

En cuanto al segundo bloque de medidas adoptadas como consecuencia de la incidencia de la crisis económica sobre la gestión de los flujos migratorios laborales, esto es, las referidas a las facilidades que al retorno voluntario se articulan desde los poderes públicos, deben encuadrarse en un contexto en el que la crisis económica conlleva que se hable más del retorno de los trabajadores inmigrantes⁸³ que se quedan sin empleo y que, o bien de *motu proprio* o a través de la puesta en marcha de propuestas o programas dirigidos a facilitar ese retorno voluntario, deciden volver a sus países de origen. Y es que, en un momento de crisis económica como el que se está viviendo en la actualidad, si bien lo lógico sería esperar que los posibles candidatos a migrar recibieran en su país de origen un mensaje contrario al que antes recibían y desistieran de su propósito, sin embargo, en países como España, y después de casi una década de intensos flujos migratorios, en los que la población inmigrada ha crecido por encima de los cinco millones de personas, se han creado unas dinámicas familiares y sociales que no pueden detenerse abruptamente y que contribuye a mantener cierto flujo inmigratorio que sigue vinculado a la situación del mercado laboral español y que se gestiona por medio de los procesos de contratación colectiva en origen, como se ha analizado en el epígrafe anterior.

Al mismo tiempo, el deterioro de las condiciones laborales en algunos sectores laborales, como consecuencia de la actual coyuntura, afecta especialmente a los trabajadores inmigrantes entre los que, además, no cesa de incrementarse el número de los que ni encuentran trabajo ni cobran prestación por desempleo. No obstante, dado que para la mayoría de estos inmigrantes el retorno a su país de origen no es opción, la necesidad de encontrar “cualquier tipo de trabajo” se está haciendo cada día más acuciante. En estas condiciones se ven más obligados que nunca a aceptar trabajos en condiciones laborales de explotación. Y es que es necesario insistir en el hecho de que los trabajadores extranjeros parecen relativamente más vulnerables (que los autóctonos) a las recesiones cíclicas⁸⁴, aunque, evidentemente, no se puede responsabilizar a la inmigración de los desequilibrios del mercado de trabajo. La mayor vulnerabilidad de este colectivo de trabajadores se manifiesta, generalmente, en

⁸³ De acuerdo con la División de Estadísticas de Naciones Unidas, son migrantes retornados lo que “(...) retornan a su país de origen después de haber sido inmigrantes (sea por un período corto o largo) en otro país y que tratan de quedarse en su país por un año al menos (...)”, según United Nations Statistics Division (UNSD): Recommendations on Statistics of International Migration, revision 1, United Nations, New York, 1998, p. 95. Disponible en http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_58rev1E.pdf. Aunque se obvio, el retorno forzoso, en sus distintas formas, queda fuera de este concepto y prefiere denominarse expulsión.

⁸⁴ OCDE: “The employment of foreigners: outlook and issues in OECD countries”, capítulo 5 en OCDE: Employment Outlook, June 2001.

el hecho de que su empleo es mucho más volátil que el de los trabajadores autóctonos porque están sobrerrepresentados en las ramas de actividad más sensibles al ciclo económico (construcción o servicios), porque es mano de obra poco cualificada y porque, además, suelen encuadrarse en las categorías socioeconómicas más frágiles⁸⁵.

Lo que resulta indudable es que el retorno está presente en todos los procesos migratorios. Y es que, aunque existe una tendencia al establecimiento más o menos permanente, las intenciones iniciales de la gran mayoría de los inmigrantes son las de retornar en un plazo breve de tiempo. Siempre hay, por tanto, una cierta proporción de retorno, aun cuando no se esté dando ninguna situación de crisis económica como la actual. Pero establecer las dimensiones del retorno no es fácil, porque este es un aspecto sobre el que existe una lamentable pobreza de estadísticas. No obstante, un estudio de la OCDE señala que, dependiendo de los países de destino, entre un 20% y un 50% de los inmigrantes abandonan el país en los cinco primeros años de su llegada, sea para volverse a su país de origen o para migrar a otro destino⁸⁶. Con todo, el análisis estadístico del retorno tiene muchas dificultades. Evidentemente se cuenta con los datos de los programas de retorno asistido, pero tales programas sólo representan una ínfima parte del retorno que se produce: la gran mayoría de las personas que regresan lo hacen “por su cuenta”, sin acogerse a ningún tipo de programa especial, es decir, se trata de retornos espontáneos.

La política de retorno (voluntario) de inmigrantes no sólo se ha promovido desde las autoridades competentes españolas sino también por las europeas. En este sentido, la Decisión nº 575/2007/CE, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa General “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios” determina como objetivo primordial la promoción de la gestión integrada del retorno a nivel nacional que se centre en retornos efectivos y sostenibles mediante una variedad de medidas y alienta a los Estados miembros a dar preferencia al retorno voluntario frente al forzoso, dado que responde mejor al interés, tanto de un retorno digno de las personas, como al de las autoridades de los países de acogida.

El retorno (voluntario) en los mecanismos de gestión de flujos migratorios laborales de carácter temporal también puede garantizarse por medio de incentivos y esta ha sido una de las opciones elegidas por España. Así, el contingente de trabajadores extracomunitarios previsto para actividades de temporada, sobre todo agrícola, ha tenido un elevado éxito de retorno porque los trabajadores que retornaban en los plazos previstos tenían preferencia para volver en la campaña siguiente. Para demostrar que habían vuelto a su país acabada la

⁸⁵ Más detalles en Cachón Rodríguez, L.: “La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea”, Cuadernos Europeos de Deusto, nº 36, 2007, p. 93.

⁸⁶ SOPEMI: *International Migrations Outlook*, Annual Report, OECD, Paris, 2008.

campana agrícola (y el contrato que tenían) debían presentarse en el consulado español de ese país en el plazo de un mes⁸⁷.

Pero, también existe el retorno de inmigrantes que se habían establecido por un tiempo (más o menos largo) en España y que, antes de la crisis, tenía ya dimensiones importantes, aunque sea un fenómeno bastante desconocido. Una pequeña parte de este retorno es el que ha venido produciéndose con la ayuda del programa humanitario gestionado por la Organización Internacional de las Migraciones (en adelante, OIM) y otras organizaciones sociales (como Cruz Roja Española, ACCEM, CEPAIN, MPDL y AESCO), pero el retorno más importante es el que podríamos llamar “ordinario”, el que responde a decisiones de los propios inmigrantes que, por una u otra razón, optan por marcharse.

El término genérico utilizado a escala internacional es el de “retorno voluntario asistido”. Pero lo importante es que se trata de retorno asistido, es decir, que los inmigrantes que quieren retornar (y cumplen las condiciones para acogerse a esos programas) reciben determinadas ayudas para poder efectuar el retorno⁸⁸. La OIM es la organización que está gestionando buena parte de los programas de retorno asistido que están en funcionamiento en distintos países. Los beneficiarios son personas que optan por retornar pero no tienen medios para hacerlo, y el tipo de ayuda que se les presta depende de los países, es decir, de los acuerdos que la OIM tenga con los diferentes gobiernos. En unos casos la ayuda sólo sirve para sufragar el viaje, en otros puede haber alguna ayuda económica para restablecerse en su país, o cierto apoyo organizativo en el país de origen, así como información o incluso actividades formativas. El retorno asistido es valorado positivamente por las organizaciones internacionales ya que ha demostrado ser una estrategia eficaz para organizar el regreso, puesto que se presta asistencia a los migrantes desde el momento que salen del país de destino y a lo largo de su reintegración en el país de origen, permitiendo así que las personas reciban asesoramiento en materia de sus derechos, responsabilidades y opciones para que puedan tomar una decisión informada y beneficiarse

⁸⁷ Sistemas similares funcionan también en otros países. En Francia existe un programa parecido desde 2006 para trabajadores de temporada con contratos inferiores a seis meses: si retornan a su país en el plazo previsto tienen relativamente asegurada su contratación en la temporada siguiente. En Italia, por ejemplo, después de dos contratos de temporada sucesivos en los que el retorno se ha producido correctamente se les ofrece la posibilidad de solicitar un permiso estable. Más detalles en Cachón Rodríguez, L.: “La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 188.

⁸⁸ Programas de esta naturaleza los hay en muchos países receptores de inmigración, y en algunos funcionan desde hace varias décadas (por ejemplo en Alemania). En algunos casos son programas dirigidos a inmigrantes en situación irregular y en otros se dirigen a todos, independientemente de su situación administrativa. Cuando los inmigrantes están en situación irregular, el retorno asistido puede ser algo acordado entre ellos y las entidades que los asisten, pero también puede responder a una oferta hecha por la policía como alternativa a la expulsión, en cuyo caso queda en entredicho su carácter voluntario.

del apoyo financiero y logístico de uno de los países concernidos o de otro interlocutor nacional o internacional⁸⁹.

En España se cuenta con dos programas de retorno asistido que se gestionan con fondos públicos. Uno que funciona desde 2003, en el que intervienen diversas organizaciones pero fue impulsado inicialmente por el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Organización Internacional para las Migraciones (2.3.1.), y otro puesto en marcha en 2008, coincidiendo con la crisis económica, que facilita el retorno de trabajadores extranjeros en paro con derecho a prestación por desempleo (2.3.2.).

2.3.1. El Programa humanitario de retorno asistido

El primero de los programas de retorno asistido existentes en nuestro país en el Programa de Retorno Voluntario de Inmigrantes desde España (PREVIE) y, como se ha avanzado, está gestionado por la OIM. Se puso en marcha con la firma de un convenio, en julio de 2003, entre el Ministerio de Trabajo y la OIM. Desde ese año ha funcionado con fondos aportados anualmente por el Ministerio, pero también ha recibido el apoyo de la Generalitat de Cataluña y de la Comunidad de Madrid. Con anterioridad a esta fecha se venían desarrollando acciones de apoyo al retorno voluntario mediante subvenciones a distintas ONGs. Actualmente, además de la OIM hay otras organizaciones, como Cruz Roja, ACCEM, Rescate, MPDL o Cáritas, que también gestionan retornos en base a este programa, y además algunas de estas tienen programas propios similares.

Por medio de este programa, a los inmigrantes se les aporta información y orientación sobre el retorno, ayuda en la tramitación de la documentación necesaria para el retorno, billetes de viaje, una pequeña cantidad de dinero de bolsillo para el viaje, la posibilidad de ayuda económica para la reintegración en el país de origen y, finalmente, la posibilidad de seguimiento sobre su reinserción en el país de origen. En el plano económico esto se ha concretado en el pago del billete, ayuda económica de viaje y la aportación de 400 euros de ayuda por persona hasta un máximo de 1.600 euros por familia para gastos de reinstalación en su país.

Los inmigrantes a los que va dirigido ese programa son personas que han de llevar en España más de seis meses y se encuentran en situación de vulnerabilidad social, lo que debe probarse por medio de la presentación de un informe de los servicios sociales del ayuntamiento en el que residen (o en su defecto de una ONG especializada). La voluntariedad del retorno, por otra parte, debe ser manifiesta, por lo que se les exige la firma de un impreso de voluntariedad.

⁸⁹ OIM: Consultas Informales Relativas al Diálogo Internacional sobre la Migración, 2009, p. 2. Disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/mainsite/about_iom/es/IC/26_Feb_2009PM/IC_2009_1.pdf

Por lo que se refiere al perfil de las personas que en estos años se han acogido al programa, la OIM dice que se trata, en su inmensa mayoría, de inmigrantes en situación irregular; personas que vinieron en busca de oportunidades laborales pero no les fueron bien las cosas, ni en el plano laboral ni en su intento de obtener “papeles”. También dice que en buena proporción son personas que habían dejado a sus hijos en su país de origen. Se trata, en definitiva, de un programa de carácter humanitario, que no tiene nada que ver con la actual situación de crisis económica que ahora se está viviendo. A él ya se acogía gente antes del inicio de la crisis (desde el 2003 el total de retornados es de 10.220⁹⁰), porque siempre hay personas en situación de vulnerabilidad que merecen la atención de los poderes públicos. La importancia del programa no está en si reduce o no nuestro actual número de desempleados, sino en su capacidad para resolver situaciones concretas de personas vulnerables. Pero de lo que no cabe duda es que la crisis ha aumentado el número de estas personas y ha llevado a que este programa cobrara mayor importancia. Como puede apreciarse en el cuadro II, en 2007 hubo incremento de retornados, pero ello no se debió a la crisis sino al aumento de financiación del programa, lo que llevó a que se resolviesen muchas de las solicitudes que se arrastraban de años anteriores. En cambio en 2008 sí se manifestó con claridad el efecto de la crisis, dando lugar al fuerte incremento. No es un número alto, como no lo suele ser en ninguno de los demás países receptores de inmigración que tienen programas similares, pero su importancia estriba en la gravedad de la situación que padecen las personas que pueden beneficiarse del programa.

CUADRO II: Inmigrantes acogidos al programa de retorno voluntario de atención social⁹¹

| Año | Total | Inmigrantes | Solicitantes de asilo | % Vertical |
|--------------------|--------|-------------|-----------------------|------------|
| 2003 | 604 | 565 | 39 | 5,90% |
| 2004 | 1.176 | 1.136 | 40 | 11,50% |
| 2005 | 928 | 866 | 62 | 9,10% |
| 2006 | 958 | 911 | 47 | 9,40% |
| 2007 | 1.184 | 1.125 | 59 | 11,60% |
| 2008 | 1.821 | 1.493 | 328 | 17,80% |
| 2009 ⁹² | 3.549 | n.d. | n.d. | 34,70% |
| TOTAL 2003-2009 | 10.220 | n.d. | n.d. | 100,00% |

⁹⁰ Según datos de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración

⁹¹ FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países, España, Septiembre 2009, p. 59. http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/

⁹² Datos a 3 de diciembre.

2.3.2. El Programa de retorno para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo

A diferencia del anterior, el segundo de los programas de retorno asistido previsto sí que está estrechamente relacionado con la actual situación de crisis económica, ya que surge a finales de 2008⁹³, cuando ya se percibe un fuerte incremento del paro entre los inmigrantes. El Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, convalidado posteriormente por el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre⁹⁴, crea una nueva modalidad de abono de la prestación por desempleo denominada “modalidad de pago anticipado y acumulado de la prestación por desempleo a favor de los trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen”.

En realidad esto no es más que una nueva ampliación de la conocida como “prestación de pago único”, que en determinadas circunstancias prevé la posibilidad de que, trabajadores que solicitan o se encuentran percibiendo la prestación contributiva por desempleo puedan percibir de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente de recibir⁹⁵. Si bien, en este caso, la intención del legislador es favorecer la reinserción laboral y profesional de los trabajadores desempleados en sus países de origen, a la par que favorece el desarrollo de tales países con el retorno de una mano de obra cualificada y experimentada.

Grosso modo, esta prestación presenta dos elementos innovadores respecto de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único general prevista en el Real Decreto 1044/1985 como medida de fomento del empleo autónomo: por un lado, se dirige en exclusiva a trabajadores extranjeros no comunitarios en situación de desempleo y, de otro, se condiciona a la decisión de retornar voluntariamente a su país de origen⁹⁶.

Para acogerse a este programa se han de cumplir algunos requisitos, concretamente los cinco siguientes (art. 2 RD 1800/2008):

⁹³ En relación con este, la Resolución de 11 de marzo de 2010, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convocan subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes.

⁹⁴ En su momento sorprendió que esta nueva prestación por desempleo se aprobase por la vía de urgencia bajo el argumento contenido en la exposición de motivos del RDL 4/2008 de que la medida requiere que se haga con carácter inmediato ya que la demora en su aplicación podría ocasionar que la misma no fuera efectiva en muchos casos y, sin embargo, a la hora de ser aplicada se demorase su puesta en marcha casi dos meses hasta la aprobación del RD 1800/2008.

⁹⁵ Fernández Orrico, F.J.: “Un año de vigencia de la prestación por desempleo para trabajadores extranjeros que retornan a sus países”, RL, nº 14, 2009, p. 104. *Vid.* también Mercader Uguina, J.R. y Gimeno Díaz de Atauri, P.: “La capitalización de la prestación por desempleo”, RMTIN, nº 89, 2010, pp. 157 y ss.

⁹⁶ El art. 1 del RD 1800/2008 que desarrolla el RDL 4/2008 entiende por país de origen el que corresponda con la nacionalidad del trabajador.

- a) Estar inscritos como demandantes de empleo en el SPE correspondiente;
- b) Hallarse en situación legal de desempleo como consecuencia de la extinción de la relación laboral por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS;
- c) Tener reconocido el derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo⁹⁷, sin compatibilizarlo con un trabajo a tiempo parcial⁹⁸;
- d) Asumir el compromiso de retornar a su país de origen y el de no retornar a España en el plazo de tres años para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional por cuenta propia o ajena⁹⁹;
- e) No estar incurso en los supuestos de prohibición de salida del territorio nacional previstos en la legislación de extranjería, bien por encontrarse incurso en un procedimiento judicial por la comisión de delitos en España, ser condenados por la comisión de delitos en España a pena de privación de libertad y reclamados, o reclamados y detenidos para ser extraditados por los respectivos países o cuando padezcan enfermedad contagiosa que imponga la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.

Como puede apreciarse, el tercero presume los dos anteriores dado que para ser merecedor de una prestación por desempleo se exige, entre otros requisitos, encontrarse inscrito como demandante de empleo así como en situación legal de desempleo. En suma, se entiende que los trabajadores extranjeros que quieran acceder a tal prestación por desempleo deben ser actualmente perceptores de la prestación contributiva por desempleo o ser solicitantes con derecho a la misma que tengan reconocido el derecho. No basta, por tanto, con encontrarse en paro sin derecho a la prestación contributiva por desempleo, ni con ser perceptores del subsidio por desempleo total o parcial en cualquiera de sus modalidades.

Al inmigrante que solicita esta prestación por desempleo se le abona la prestación de forma acumulada y en dos partes: la primera, un 40%, le es abonada en España en el momento en que su solicitud es concedida, y la segunda,

⁹⁷ Están excluidos de la cotización por desempleo y de la prestación por tal contingencia, y, por tanto, de la aplicación de esta modalidad, según la D.A. decimotercera del RD 2393/2004: a) quienes tengan autorización para investigación o estudios y tengan tarjeta de estudiante extranjero, b) quienes tengan autorización como trabajadores transfronterizos y c) quienes tengan autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

⁹⁸ En estos casos y dado que el trabajador extranjero tiene un empleo, aunque lo sea tiempo parcial, no parece tener sentido el que se le incentive a abandonarlo.

⁹⁹ Téngase en cuenta que esto afecta también a los familiares dependientes, de modo que quienes hubiesen sido reagrupados por el solicitante, y aún no tuviesen una autorización de residencia independiente, perderán también su derecho de residencia. Por otro lado, téngase en cuenta que no habría inconveniente para realizar en España estancias breves de hasta 90 días que no tendrían la naturaleza de residencia (art. 30.1 LOEX), por motivos familiares o de turismo, entre otros.

el 60% restante, se le abona en su país de origen en un plazo de 30 días después de haber percibido el primer abono, lo que ha de probar compareciendo personalmente en la representación diplomática u oficina consular española (art. 5.5. RD 1800/2008).

Pero es que, además, entre las circunstancias objetivas que debe cumplir el trabajador extranjero para ser beneficiario de esta prestación destaca la de que se trata de nacionales de países con los que España tenga suscrito un convenio bilateral en materia de Seguridad Social. La mayor parte de los países latinoamericanos y centroamericanos de los que se reciben flujos migratorios significativos lo tienen convenio: es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, pero no Bolivia, país del que se han recibido intensos flujos migratorios en los últimos años. También lo tiene, Túnez y Marruecos, pero éste es el único país africano que tiene suscrito un convenio lo que supone que quedan excluidos algunos países subsaharianos de los que hay contingentes significativos de inmigrantes. De los países asiáticos sólo lo tiene Filipinas, lo que implica que tampoco pueden acogerse chinos y paquistaníes. Y de la Europa del Este lo tienen la Federación Rusa y Ucrania. Los nacionales de países de la Unión Europea no pueden acogerse, por lo que están excluidos los rumanos, el grupo inmigrado más numeroso que hay en estos momentos en España¹⁰⁰.

No obstante, el RDL 4/2008 permite que el MTIN extienda también esta modalidad de abono acumulado de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros de otros países, sin convenio bilateral en materia de Seguridad Social, siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en las países de origen o en los propios solicitantes. En cualquier caso, el RD 1800/2008 no aclara nada en este sentido lo que pudiera inducir a pensar que existe un alto nivel de discrecionalidad en estos casos que podría elevar el riesgo de arbitrariedad en las concesiones de la prestación¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ni apátridas ni quienes tengan doble nacionalidad, como se verá a continuación.

¹⁰¹ Fernández Orrico, F.J.: “Un año de vigencia...”, *op. cit.*, p. 113.

CUADRO III: Solicitudes recibidas de abono anticipado de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que retornan a su país de origen¹⁰²

| Países con convenio | TOTAL | Países sin convenio | TOTAL |
|---------------------|-------|---------------------|-------|
| | 8.928 | | 71 |
| Andorra | 3 | Angola | 2 |
| Argentina | 873 | Argelia | 1 |
| Australia | 5 | Bolivia | 39 |
| Brasil | 484 | Brunei | 4 |
| Canadá | 1 | China | 2 |
| Chile | 387 | Congo | 2 |
| Colombia | 1.602 | Cuba | 2 |
| Rep. Dominicana | 70 | Dominica | 1 |
| Ecuador | 3.922 | Egipto | 2 |
| Estados Unidos | 12 | Ghana | 1 |
| Filipinas | 13 | Guinea | 1 |
| Marruecos | 26 | Honduras | 1 |
| Méjico | 29 | India | 3 |
| Paraguay | 177 | Israel | 2 |
| Perú | 757 | Nepal | 1 |
| Federación Rusa | 37 | Omán | 1 |
| Ucrania | 109 | Panamá | 1 |
| Uruguay | 329 | Polinesia Francesa | 3 |
| Venezuela | 82 | Senegal | 1 |
| No consta | 10 | Surinam | 1 |

El programa se gestiona desde el SPE, pero con él colaboran otros departamentos ministeriales y centros directivos, como la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, que financia ayudas complementarias de viaje. Estas ayudas se gestionan a través de organizaciones sociales colaboradoras con medidas de apoyo, como son el pago del billete desde España al país de origen del inmigrante, la concesión de una ayuda de 50 euros por cada uno de los miembros de la unidad familiar que retornen y la cobertura de otros gastos que pudiese ser necesaria.

Las organizaciones que desde diciembre de 2008 están dando información sobre este programa señalan que si bien son muchas las personas que se interesan por él, no tantas optan por iniciar la solicitud. Hay varios aspectos

¹⁰² Según datos acumulados a 30/11/2009. FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países, España, Septiembre 2009, p. 59. http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/

que explican el retraimiento de muchos inmigrantes. Uno de ellos es que su derecho a prestación por desempleo puede estar limitado a pocos meses y, por tanto, la cantidad acumulada a percibir ser insuficiente para iniciar cualquier proyecto en su país de origen. Otro es que ven tan mal la situación en su país que no creen poder salir adelante retornando allí. Pero el principal motivo de retraimiento es la pérdida del derecho de residencia. Se resisten a perder algo que tanto les ha costado obtener y que tanta importancia ha tenido en sus vidas. También es preciso tener en cuenta que hay quienes querrían retornar y que tratan de acogerse a ese programa pero no pueden por haber adquirido ya la nacionalidad española y ser, por tanto, tener doble nacionalidad lo que ocurre principalmente con latinoamericanos, que, por las facilidades que tienen para adquirir la nacionalidad, son los que mayor proporción de personas tienen en esta situación.

Aun así, hay determinado número de inmigrantes que se acogen al programa. Desde las organizaciones implicadas se señala que quienes se acogen son personas, o familias, que ya tenían cercana la perspectiva del retorno. Como puede apreciarse en el cuadro IV, se registraron algo más de 9.000 solicitudes, de las que se aprobaron un total de 6.767 (*vid.* Cuadro IV). Entre los solicitantes, el grupo mayoritario era el de ecuatorianos, que sumaba casi la mitad de las solicitudes, seguidos por colombianos, argentinos y peruanos (*vid. supra* cuadro III).

CUADRO IV: Plan de retorno voluntario para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo¹⁰³

| | Solicitudes registradas | Solicitudes tramitadas | | | | Solicitudes Pendientes ¹⁰⁴ |
|--------------|-------------------------|------------------------|-----------|-----------|----------------------|---------------------------------------|
| | | Total | Aprobadas | Denegadas | Otras ¹⁰⁵ | |
| TOTAL | 9.114 | 8.928 | 6.767 | 398 | 1.763 | 186 |

Para concluir, sólo apuntar que las explicaciones que han acompañado a la aparición de medidas como ésta toman como excusa la actual coyuntura económica en general, pero también en la precaria situación económica del sistema español de Seguridad Social, sobre todo por la sobrecarga de futuras prestaciones que podrían suponer un peligro de quiebra de dicho sistema. Y es que la creación de este tipo de incentivo dirigidos a los trabajadores extranjeros con

¹⁰³ Según datos acumulados a 30/11/2009. FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: *Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países*, España, Septiembre 2009, p. 59. http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/

¹⁰⁴ Expedientes pendientes por falta de documentación o correspondientes a países sin convenio bilateral de Seguridad Social.

¹⁰⁵ Expedientes objeto de renuncia.

derecho a prestación por desempleo tiene, en realidad, como objetivo indirecto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados nacionales que ven incrementadas sus opciones con el retorno a sus países de origen de los desempleados extranjeros. Es cierto que, en teoría, esta nueva prestación por desempleo presenta tres ventajas, a saber, favorece la reinserción laboral y profesional en los países de origen de los inmigrantes retornados, fortalece el desarrollo de estos países con el retorno de trabajadores cualificados y experimentados y refuerza las relaciones entre ambos Estados; pero en modo alguno garantiza las posibilidades de empleo autónomo del retornado en su país.

En suma, pretende ser una medida bienintencionada en el sentido de que persigue lograr un alivio de la situación actual al tiempo que favorece el retorno de los trabajadores extranjeros con pocas expectativas de trabajo. No obstante, es importante percatarse de que, ante la llegada de la crisis financiera y económica, se ha dado un giro de 180 grados para cambiar las líneas maestras seguidas hasta el momento respecto de la integración de los trabajadores inmigrantes para adoptar, ahora y con esa excusa, medidas que intentar incitar a la salida de España del referido colectivo.