

FLUJOS MIGRATORIOS Y GESTIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2103-347X>

RESUMEN

Palabras clave: Migración; inmigración; flujos migratorios; mercado de trabajo; derecho de extranjería

Este estudio se propone analizar las políticas públicas de gestión de los flujos migratorios en relación con las necesidades del mercado de trabajo. Se destacan dos finalidades aparentemente contradictorias: la restricción de los flujos y la atracción de mano de obra extranjera al mercado de trabajo español. Esta dualidad ha resultado en un modelo regulatorio altamente complejo, caracterizado por una normativa general muy restrictiva que se ve matizada por múltiples excepciones que atienden a circunstancias muy diversas.

En este contexto, la combinación de la lentitud del proceso de autorización administrativa y del principio de contratación en origen ha llevado a la ineficacia de la normativa para reclutar trabajadores no especializados, especialmente en el sector doméstico. Así, el modo real de incorporación al mercado de trabajo español pasa normalmente por un período de irregularidad, lo que conecta con las necesidades del sector informal de la economía.

Para abordar este problema, se propone revitalizar los “visados de búsqueda de empleo”, que, a su vez, deberían conectarse con una cierta apertura de los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura. Esto se orientaría principalmente a reemplazar el uso de la estancia turística como una estrategia para eludir los obstáculos que impone el actual modelo de regulación de las migraciones.

ABSTRACT

Keywords: Migration; Immigration; Migratory Flows; Labor Market; Immigration Law

This study aims to analyze public policies managing migratory flows in relation to labor market needs. It highlights two seemingly contradictory purposes: the restriction of flows and the attraction of foreign labor to the Spanish labor market. This duality has resulted in a highly complex regulatory model, characterized by a very restrictive general normative framework that is nuanced by multiple exceptions catering to diverse circumstances.

In this context, the combination of the slow administrative authorization process and the principle of contracting in the country of origin has led to the ineffectiveness of the regulations for recruiting non-specialized workers, particularly in the domestic sector. Thus, the actual mode of incorporation into the Spanish labor market typically involves a period of irregularity, which aligns with the needs of the informal economy.

To address this issue, it is proposed to revitalize the ‘job search visas,’ which should, in turn, be linked with a certain opening of the catalogs of hard-to-fill occupations. This would primarily aim to replace the use of tourist stays as a strategy to circumvent the obstacles imposed by the current migration regulatory model.

ÍNDICE

1. LAS FINALIDADES DE LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS
2. EL MODELO GENERAL DE ARTICULACIÓN DE LAS FINALIDADES DE CONTROL DE LOS FLUJOS
3. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS PROBLEMAS PARA LA CAPTACIÓN DE MANO DE OBRA EXTRANJERA
 - 3.1. La modulación de la libertad de trabajar
 - 3.2. Los efectos secundarios del mecanismo autorizatorio sobre la captación de fuerza de trabajo extranjera
 - 3.3. Las excepciones a la autorización y los supuestos de aligeramiento de la carga administrativa
4. EL PRINCIPIO DE CONTRATACIÓN EN ORIGEN Y SUS EXCEPCIONES
 - 4.1. El modo real de incorporación de inmigrantes al mercado de trabajo nacional
 - 4.2. Las “transiciones” y la posibilidad no desarrollada de los visados de búsqueda de empleo
5. LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO
6. CONCLUSIÓN FINAL

Viendo que la puerta de acceso a la Ley está abierta como siempre y el guardián se hace a un lado, el hombre se inclina para mirar al interior a través de la puerta. Cuando el guardián lo advierte, se echa a reír y dice: “Si tanto te atrae, intenta entrar pese a mi prohibición. Pero ten presente que yo soy poderoso”.

KAFKA, F., *Ante la ley* (1915)

1. LAS FINALIDADES DE LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

Este trabajo se dedica a examinar las conexiones entre el derecho migratorio y las políticas de empleo desde la perspectiva de la gestión de los flujos migratorios. No nos ocuparemos, por tanto, del análisis de las políticas de empleo específicamente destinadas a los extranjeros como colectivo prioritario (art. 50.1 de la Ley de Empleo), pues estas se aplican exclusivamente a personas que ya se han incorporado al mercado de trabajo español. Al contrario, estudiaremos precisamente las condiciones de acceso de las personas extranjeras a este mercado -o de permanencia en él-, en virtud de las políticas estatales de regulación de los flujos migratorios.

A este respecto, la regulación pretende armonizar o conjugar dos finalidades que a primera vista parecen contradictorias: de un lado, la movilización de la fuerza de trabajo extranjera para atender a los requerimientos del sistema productivo y las necesidades de cuidado de las familias; de otro lado, la restricción de oferta de trabajo extranjera, con objeto de evitar la saturación del mercado de trabajo o de

eludir la entrada de personas que pudieran quedar en una situación de exclusión social.

Ciertamente, existe una tercera finalidad del Derecho migratorio, que sería la integración efectiva de los trabajadores migrantes una vez incorporados regular o irregularmente al territorio del Estado y al mercado nacional¹. En este trabajo no se pondrá el foco sobre esta función, pese a su importancia trascendental, dado que no se refiere a la gestión de los flujos en sí misma considerada, sino más bien al modo de incorporación de las personas extranjeras que ya han conseguido acceder de algún modo al mercado de trabajo. Ahora bien, esta perspectiva no debe ser olvidada o ignorada en ningún momento, dado que, en realidad, las políticas de restricción de flujos pueden generar situaciones de vulnerabilidad de la población extranjera residente en el país de destino, que operen, en la práctica, como mecanismos reproductores de determinadas pautas de movilización de la fuerza de trabajo extranjera hacia ocupaciones muy precarias y degradadas. En otras palabras, la falta de integración efectiva de los migrantes surge en ocasiones como el efecto secundario perverso de una determinada forma de interacción entre la necesidad de restringir los flujos y la necesidad de atraer trabajadores extranjeros.

Cuando se contemplan las migraciones internacionales como fenómeno masivo, estas suelen explicarse como el resultado de la interacción de una serie de factores de expulsión y atracción (push/pull factors).

Los factores de expulsión pueden referirse a diversas situaciones: persecución política, étnica, religiosa o relacionada con el género, la identidad sexual o la orientación sexual; insatisfacción con determinados regímenes autoritarios; huida de conflictos bélicos o crisis climáticas; explosión demográfica; altos niveles de desempleo y salarios bajos en el país de origen, etc. Naturalmente, la intensidad con la que se presenten estos factores, junto con otros elementos del contexto, afectará al grado de libertad efectiva que tendrán las personas y familias migrantes para planificar y ejecutar sus proyectos migratorios.

Por otra parte, los factores de atracción pueden ser también muy variados, vinculándose en gran medida a las expectativas -reales o ficticias- que los migrantes pueden tener respecto a las condiciones de vida y trabajo en el país de destino, pero también a los eventuales vínculos sociales o familiares con otras personas que ya se han instalado en dicho país. Sin embargo, en este artículo nos interesa destacar sobre todo aquellos factores que derivan de los procesos formales o informales de movilización de mano de obra extranjera, es decir, del “efecto llamada” del mercado

¹ Describimos estas tres finalidades en Álvarez del Cuvillo, A., “La regulación de las relaciones laborales en tiempos de crisis”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 2, 2009, pp. 36-37. A estas tres añadíamos una cuarta finalidad, puramente simbólica o expresiva que solo puede contemplarse desde una perspectiva externa al discurso jurídico y que no abordamos en este estudio.

de trabajo. Como es sabido, desde los inicios del capitalismo, las necesidades de mano de obra del sistema productivo se han cubierto sistemáticamente a través de la movilización masiva de personas trabajadoras, tanto en el ámbito interno de un país (por ejemplo, del campo a la ciudad), como en el contexto internacional².

En la actualidad, estos procesos de movilización siguen teniendo un impacto trascendental en la dimensión de los flujos migratorios. Así, el considerable incremento de los flujos de entrada de extranjeros en España que se produjo a partir de los años 2000³ claramente respondía a las necesidades del mercado de trabajo de aquel momento⁴. Por eso mismo, el flujo de entrada descendió de manera bastante abrupta tras la crisis económica del 2008⁵ y solo volvió a incrementarse a partir de la recuperación económica (con una previsible interrupción en el contexto de la pandemia).

Por otra parte, la demanda de mano de obra extranjera es compatible con las altas tasas de desempleo estructural, debido a la segmentación del mercado de trabajo⁶. Así, por ejemplo, el modelo productivo español ha generado un gran número de ocupaciones con reducidos niveles retributivos, condiciones laborales precarias o penosas y bajos niveles de prestigio o reconocimiento social en sectores

² Por todos, Wolf, E. (Trad. Agustín Bárcenas), *Europa y la gente sin historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª Edición, 2005 [el original es de 1982 y la segunda edición de 1997], pp. 436 y ss.

³ Este dato puede apreciarse, por ejemplo, consultando la Encuesta de Variación Residencial del INE (elaborada en función de los datos del padrón municipal) y, en concreto, las “Variaciones Residenciales Exteriores”.

⁴ “Lo específico de nuestro desarrollo entre 2000 y 2007 ha sido la combinación de un crecimiento económico alto con el hecho de que haya estado basado en sectores que requieren mucha mano de obra”, (p. 25); “[...] 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 (p. 31), Pajares Alonso, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, p. 25 [la explicación detallada se encuentra en las pp. 23-31].

⁵ Véanse los análisis de Pajares Alonso, M. *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp. 23-28; Carrasco Carpio y García Serrano. *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2012, pp. 38-30. Puede observarse la serie completa en la Encuesta de Variación Residencial del INE, anteriormente mencionada. Matizando estos datos, Mahía, R., “Evolución de la inmigración en España y mercado de trabajo”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016*, destaca que el descenso del *stock* de extranjeros se debe en parte al retorno de gran parte de la población extranjera en tiempos de crisis, mientras que el número de entradas había seguido siendo significativo; aún así, las estadísticas del INE respecto al flujo de inmigración procedente del extranjero (disponibles desde 2008) que el propio autor utiliza, ponen de manifiesto que el número de entradas se redujo abruptamente de 2008 a 2009 y que siguió descendiendo significativamente, hasta volver a tomar una curva ascendente en 2014. Dicho de otro modo, existe un vínculo palpable entre la situación del mercado de trabajo y la entrada de extranjeros, aunque, desde luego, existen otros muchos factores que pueden influir en estas cifras.

⁶ Cachón Rodríguez, L., *La “España inmigrante”: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Anthropos, 2009, pp. 33-45.

como la agricultura, la construcción o la hostelería. Al mismo tiempo, las crecientes necesidades de cuidado de las familias españolas, debido al envejecimiento de la población, la progresiva integración de las mujeres en el mercado de trabajo y la insuficiencia de los recursos públicos y privados ofertados, están generando importantes necesidades de trabajo doméstico o de servicios personales, que igualmente se termina prestando en condiciones poco deseables. A menudo, los trabajadores autóctonos no están dispuestos a cubrir estos puestos de trabajo en las condiciones en las que se ofrecen, debido a que sus expectativas son bastante más elevadas en virtud de factores muy diversos como la protección brindada por la familia, el nivel educativo alcanzado, el grado de bienestar obtenido por sus progenitores o la cultura de consumo dominante. Al mismo tiempo, el sistema social no podría permitirse una degradación absoluta de las condiciones de trabajo de la población autóctona, tanto por motivos de estabilidad socio-política, como por la necesidad de mantener la demanda de bienes y servicios en una sociedad de consumo masivo, de modo que el mantenimiento de ciertas condiciones para la población autóctona se ha terminado consiguiendo en gran medida a través de la movilización de la fuerza de trabajo extranjera⁷. Así pues, en España, durante el período de bonanza económica previo a la crisis financiera de 2008, los inmigrantes cubrieron estos desajustes del mercado de trabajo, lo que terminó favoreciendo un crecimiento económico que motivó la generación de nuevos puestos de trabajo de mayor calidad, que a su vez fueron ocupados por los trabajadores autóctonos, produciéndose así un efecto de movilidad ascendente para los nacionales⁸. En cualquier caso, la demanda de mano de obra extranjera no se explica solamente por la segmentación del mercado, sino también por la escasez relativa de personas trabajadoras que reúnan determinadas cualificaciones que son muy demandadas.

Desde la perspectiva de la eficiencia económica, en principio, la situación ideal sería la armonización o coincidencia de estos factores de atracción y expulsión. De este modo, las personas migrantes conseguirían realizar efectivamente sus proyectos migratorios y, al mismo tiempo, las empresas y familias españolas obtendrían la fuerza de trabajo necesaria para atender a los requerimientos del sistema productivo y reproductivo, incrementando los niveles

⁷ A este respecto, Moulrier-Boutang, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado: economía histórica del trabajo asalariado embridado*, Akal, Madrid 2006 [título original de 1998], pp. 122-125, relaciona la movilización del trabajo exógeno con lo que llama “rigidez a la baja de la división del trabajo”. Así pues, defiende que, de los logros alcanzados por los trabajadores en la era keynesiano-fordista, el compromiso que se ha mantenido (relativamente) en pie tras las políticas neoliberales de los años 80 y 90, ha sido la expectativa de no descender a ocupaciones totalmente degradadas; esto solo había sido posible a través de la movilización de la fuerza de trabajo exógena. No obstante, el autor, ya advertía en aquel momento -en el contexto francés de finales de los años 90- un debilitamiento de este compromiso a partir de la naturalización de la población de origen extranjero y la depauperización de las capas más desfavorecidas de la población autóctona, lo que otorgaba una relevancia creciente al problema de la xenofobia, como efectivamente ha sucedido.

⁸ Pajares Alonso, M. *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Op. Cit., pp. 28-29.

de bienestar totales. Esto no quiere decir que la conexión entre la atracción y la expulsión sea enteramente virtuosa. En efecto, es precisamente la situación de vulnerabilidad de los trabajadores alóctonos -motivada en gran medida por los factores de expulsión-, la que permite a los empleadores ofrecer puestos de trabajo en condiciones degradadas o precarias. De hecho, incluso podría argumentarse que esta posición de debilidad de los trabajadores migrantes a menudo genera un poder “monopsónico” de los empleadores que distorsiona la competencia⁹. Por otra parte, el proceso de captación de mano de obra extranjera tiende a estructurar la segmentación del mercado laboral en torno a parámetros basados en el origen étnico. Esto no solo implica que los migrantes tienen muchas dificultades para “escapar” de la posición de inferioridad en la que este mecanismo los sitúa, sino que, además, es muy probable que transmitan esta posición devaluada a sus descendientes, generando en la práctica una ciudadanía “de segunda categoría”. En definitiva, se generan desigualdades sociales sistemáticas de carácter adscriptivo que, no solo contradicen los principios ordenadores de las democracias liberales, sino que, además, pueden provocar profundas disfunciones sociales. Ahora bien, dado que este proceso masivo de reclutamiento de trabajadores extranjeros vulnerables parece ser un rasgo estructural del sistema, al que difícilmente se puede renunciar en las circunstancias actuales, estos problemas deben abordarse a través de la tercera finalidad pública que hemos mencionado, esto es, la integración social de los migrantes y de las minorías étnicas. En cambio, las finalidades que presiden la ordenación de los flujos migratorios laborales se dirigen más bien a procurar la máxima conexión posible entre los factores de atracción y los de expulsión.

En efecto, si las instituciones jurídicas que facilitan la movilización de la fuerza de trabajo no permiten atender a las necesidades cuantitativas o cualitativas de mano de obra del sistema productivo o a las necesidades de cuidado externo en el seno de las familias, es evidente que se producirán múltiples disfunciones económicas y sociales. Pero también es posible que las necesidades de mano de obra que no pudieran ser cubiertas en el marco de la legalidad, sobre todo si se refieren a trabajadores sin especial cualificación, se terminaran canalizando a través de la inmigración irregular, con todos los problemas sociales que ello conlleva. Es por ello que el control de flujos se dirige en gran medida, al menos en teoría, a facilitar que la movilización de la fuerza de trabajo se realice en condiciones de legalidad.

Al mismo tiempo, tampoco resulta económicamente eficiente que los procesos de expulsión terminen situando en el territorio nacional un elevado número de personas migrantes que no responda a las necesidades de mano de obra que concurren realmente en el mercado de trabajo. A este respecto, es posible concebir que la saturación de oferta de fuerza de trabajo implique una reducción de los salarios o de las condiciones de trabajo, o bien, si el coste de la mano de obra se

⁹ Manning, A., “Monopsony in Labor Markets: a Review”, *ILR Review*, 74, 1/2021, pp. 15-16.

mantiene estable, un aumento de los niveles de desempleo¹⁰. Ciertamente, como hemos visto, la segmentación del mercado de trabajo implica que no se produce en realidad una sustitución plena de los trabajadores autóctonos por los alóctonos, en la medida en que unos y otros se sitúan en segmentos diferenciados. No obstante, lo cierto es que la separación entre unos y otros segmentos no es absoluta, por lo que no se puede descartar que la saturación de mano de obra termine perjudicando a las capas más vulnerables de la población autóctona y, naturalmente, también a los extranjeros previamente incorporados. En todo caso, aunque se asumiera que la competencia entre los extranjeros recién llegados y la población autóctona fuera imposible, esto significaría que se generarían bolsas crecientes de marginación y exclusión social difícilmente asumibles por el estado de acogida. Desde luego, la acogida de personas extranjeras que no son demandadas por el mercado de trabajo nacional resulta a menudo oportuna, o incluso absolutamente necesaria, desde una perspectiva, no ya económica, sino ética o jurídica (así, por ejemplo, sucede en el asilo, la protección subsidiaria o la reagrupación familiar). Sin embargo, en las circunstancias actuales, desgraciadamente parece ineludible que los Estados pongan algún tipo de límite a su capacidad de acogida¹¹, precisamente porque la movilidad no se debe a decisiones puramente espontáneas o individuales, sino a los profundos desequilibrios que subyacen a los factores de expulsión; en cualquier caso, la hipotética decisión legislativa de apertura total del país a las migraciones exteriores no sería compatible con la inserción en la UE y el Espacio Económico Europeo. Es por ello que las políticas migratorias se dirigen en gran medida -y quizás principalmente- a la restricción de los flujos, limitando el acceso de personas migrantes tanto al territorio nacional, como, en concreto, al mercado de trabajo español.

En este contexto, por supuesto, el ideal regulatorio desde el punto de vista de la utilidad económica sería el de un marco institucional que consiguiera cubrir exactamente las necesidades de mano de obra del mercado de trabajo -en términos cuantitativos y cualitativos-, a través de la canalización de la presión migratoria y evitando al mismo tiempo la entrada de migrantes que no fueran requeridos por el mercado de trabajo, más allá de su posible admisión por motivos éticos o jurídicos.

¹⁰ A menudo estas cautelas se conectan con la idea clásica del marxismo del “ejército industrial de reserva”, que hace referencia a la necesidad de que exista una sobrepoblación obrera que implique un desempleo estructural para mantener las condiciones de la acumulación capitalista (y, en su caso, los salarios de subsistencia)..

¹¹ Desde luego, las fronteras de los países europeos no han estado siempre cerradas, aunque hay que destacar que los momentos de apertura coinciden con fases de emigración masiva desde Europa hacia otros países. Es curioso que a principios del siglo XX, Van Gennep, A., *Los ritos de paso*, Alianza, Madrid, 1998 [texto original de 1909], p. 30, destacaba que el paso de las fronteras era libre “en las regiones civilizadas”, por lo que termina estudiando los elementos mágico-religiosos de unas restricciones que se asociaban a los pueblos “primitivos”. Ya en el siglo XVI, Francisco de Victoria identificaba un derecho natural a la migración, que en último término terminaba legitimando la colonización y conquista de América.

Sin embargo, hoy por hoy, este ideal es materialmente imposible de articular con precisión, no solo por razones técnicas, sino también porque la fuerza de trabajo no puede realmente operar como un factor de producción impersonal que se desprenda de las personas que la producen y reproducen. Por ello, las dos finalidades de la gestión pública de los flujos migratorios (restricción y movilización) se terminan presentando efectivamente como contradictorias, lo que exige mecanismos de armonización entre ellas.

2. EL MODELO GENERAL DE ARTICULACIÓN DE LAS FINALIDADES DE CONTROL DE LOS FLUJOS

En otro estudio hemos estudiado la evolución de la normativa migratoria en España, conectándola con los cambios económicos y sociales de cada momento histórico¹²; de este modo, hemos podido identificar algunos rasgos esenciales del modo en que nuestro modelo de regulación de las migraciones aborda estas contradicciones entre la necesidad de restringir los flujos y la necesidad de movilizar fuerza de trabajo. Exponemos aquí a grandes rasgos estos elementos característicos, reelaborándolos a partir del enfoque de este trabajo y de los cambios normativos más recientes:

- Existe un sistema de “doble regulación”, esto es, una superposición contradictoria entre la regulación formalmente vigente y las pautas informales extrajurídicas a las que se ajustan verdaderamente las expectativas de los trabajadores y empleadores, e incluso de los poderes públicos.
- En este sentido, el marco jurídico parte de la base de una regla general restrictiva, que bloquea inicialmente las posibilidades reales de acceso al mercado de trabajo de los extranjeros. Al mismo tiempo, esta regla prohibitiva se ve desbordada continuamente tanto por la presión migratoria (factores de expulsión) como por las necesidades de reclutamiento (factores de atracción). Como consecuencia de ello, periódicamente se van acumulando bolsas crecientes de trabajadores migrantes en situación irregular. Por supuesto, esta situación resulta deplorable. Sin embargo, al mismo tiempo, este fenómeno resulta funcional para el mantenimiento y reproducción de un sector informal de la economía que, ya desde antes del cambio de sentido de los flujos migratorios, había tenido una presencia significativa en España y que se ve continuamente alimentado con el flujo de inmigrantes en situación irregular.

¹² Álvarez del Cuillo, A., “La adaptación del modelo de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales: una perspectiva evolutiva”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social. Estudios Financieros*, nº 351/2012, pp. 69-96. El modelo general ya se esbozaba en Álvarez del Cuillo, A., “La regulación...”, *Op. Cit., per totum*.

- Como contrapartida de las disfunciones sociales producidas por la irregularidad, el ordenamiento despliega diversas estrategias de compensación, destinadas tanto al reclutamiento efectivo de los trabajadores en condiciones de legalidad, como a evitar el crecimiento de las bolsas de inmigrantes en situación irregular. Para ello se genera una normativa muy prolija y detallada, en la que las reglas generales, muy restrictivas, se matizan siempre con múltiples excepciones, relacionadas con las necesidades del sector formal de la economía (condicionantes económicos) o con las circunstancias personales de las personas migrantes (condicionantes éticos o jurídicos). Estas excepciones sustituyen en la práctica a las reglas que se presentan como “generales” y conforman las vías por las que realmente se puede acceder al mercado de trabajo español, ya sea en origen o, más habitualmente, como una transición desde la irregularidad u otras situaciones previas. Esto se complica aún más con una tendencia al cambio vertiginoso de las normas reguladoras y de las prácticas administrativas, que se dirige a corregir tanto los excesos como los defectos del flujo migratorio, para adaptarse a las vicisitudes económicas, productivas y sociales de cada momento y a los efectos secundarios perversos de la propia legislación restrictiva. Esto implica fenómenos como las reformas normativas continuas, las regularizaciones “extraordinarias”, el favorecimiento de la discrecionalidad administrativa o la superposición contradictoria entre normas de distinto rango, o entre normas e instrucciones aplicativas. Como consecuencia de todo ello, el Derecho de Extranjería se convierte en un sector del ordenamiento extremadamente difícil de manejar.

Lógicamente, todo ello resulta muy criticable desde una perspectiva técnico-jurídica. En cualquier caso, hay que admitir que, en algunos momentos, se han producido intentos de racionalizar el modelo, particularmente, a través de las regulaciones reglamentarias de 2004, 2011, 2022 y 2024¹³. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, no puede decirse que los elementos esenciales del mecanismo general de regulación de los flujos migratorios se hayan transformado sustancialmente, como se verá a lo largo de este estudio.

Ciertamente, el ritmo vertiginoso de los cambios normativos se ralentizó relativamente durante unos años, pero esto no fue más que un efecto reflejo de la reducción de los flujos migratorios que se produjo a partir de la crisis económica de 2008. Los cambios posteriores no han hecho más que abundar en los elementos anteriormente destacados. Por ejemplo, en el contexto de la pandemia,

¹³ Este trabajo fue entregado y admitido para publicación varios meses antes de la publicación del RD 1115/2024, de 15 de noviembre (REX), cuando todavía no se había hecho público el borrador previo. La adaptación a la nueva normativa ha debido hacerse en fase de pruebas, sin que el texto se haya enfocado particularmente en las novedades, que, sin embargo, han debido tomarse en consideración. Las referencias al articulado del REX, salvo error o indicación expresa, deben considerarse hechas al nuevo reglamento, sin tener en cuenta la *vacatio legis* (entrada en vigor a 20 de mayo de 2025).

la escasez de mano de obra en el sector agrario hubo de abordarse a través de medidas excepcionales que incluían una regulación *ad hoc* del estatuto jurídico de determinados trabajadores migrantes (Real Decreto Ley 13/2020 y Real Decreto Ley 19/2020). Por otra parte, aunque la consolidación del “arraigo social” como mecanismo estandarizado de regularización ha detenido durante muchos años las regularizaciones y pararegularizaciones extraordinarias que habían sido muy comunes en otros períodos, el número de inmigrantes en situación irregular ha seguido aumentando a partir del año 2015, hasta el punto de que recientemente se ha promovido una iniciativa legislativa popular dirigida a llevar a cabo una nueva regularización¹⁴. En el año 2022 se llevó a cabo una reforma del Reglamento de Extranjería dirigida explícitamente a abordar tanto los problemas derivados de la escasez de mano de obra en determinadas ocupaciones, como las múltiples disfunciones sociales generadas por el modelo migratorio¹⁵. No obstante, durante el año 2023, antes de que pudiera evaluarse la eficacia de esta última modificación, se estaba trabajando ya en un nuevo texto articulado completo para el Reglamento de Extranjería, que finalmente se ha publicado en noviembre de 2024 (RD 1155/2024).

3. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS PROBLEMAS PARA LA CAPTACIÓN DE MANO DE OBRA EXTRANJERA

3.1. La modulación de la libertad de trabajar

El control de los flujos migratorios por parte de los poderes públicos se articula en torno al mecanismo general de la exigencia de autorización administrativa para la contratación de trabajadores extranjeros. Anteriormente hemos indicado que, en la actualidad, seguramente resulta inevitable que los Estados lleven a cabo, al menos hasta cierto punto, un control restrictivo de los flujos migratorios. Desde esta perspectiva, quizás podría considerarse también ineludible el mecanismo de la autorización administrativa, por cuanto este es el modo en el que las mencionadas

¹⁴ “Proposición de Ley para una regularización de las personas extranjeras en España” https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-330-1.PDF. En el texto de la iniciativa, se toma la estimación de finales de 2019 del número de inmigrantes en situación irregular, de entre 390.000 y 470.000. Las estimaciones más recientes cifran este número en unas 700.000 personas. Por otra parte, el Gobierno ha estimado que el nuevo reglamento de 2024 podrá implicar en sí misma una regularización de 300.000 personas en 3 años (Nota de Prensa de 19-11-2024).

¹⁵ *Vid.*, Ceinos Suárez, A., “Novedades en materia de Extranjería: el RD 629/2022, de 26 de julio y el acceso al empleo de los nacionales de terceros estados”, en AAVV (Coord. Carolina Martínez Moreno, Marcos Óscar Martínez Álvarez), *El derecho del trabajo que viene: reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, 2023, Colex, 2023; Ramos Poley, L., “El nuevo modelo de gestión laboral de la migración a partir de la reforma operada por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio”, *Revista de Trabajo. Estudios Financieros*, n° 475/2023, pp. 107-140.

restricciones se pueden materializar en el plano jurídico. Desde luego, no se trata de una particularidad del ordenamiento español y, de hecho, la normativa de la Unión Europea -por ejemplo, la reciente Directiva 2024/1233/UE-, asume la autorización administrativa como punto de partida. Sin embargo, cabe plantearse, al menos como hipótesis de trabajo hacia el futuro, si sería posible configurar un modelo de gestión de los flujos en el que las restricciones se concentraran en el acceso al territorio y la autorización de residencia en el Estado receptor -por más que se condicionaran a las necesidades del mercado de trabajo-, sin impedir directamente el trabajo por cuenta ajena en condiciones de legalidad de las personas incorporadas efectivamente al territorio, en tanto que no fueran expulsadas.

Este carácter aparentemente irrenunciable de la autorización administrativa para trabajar o residir en el país de acogida, explica su aceptación generalizada, a pesar de las evidentes contradicciones que presenta con el modelo arquetípico del “contrato de trabajo libre”¹⁶ sobre el que se sostiene el Derecho Laboral en las democracias liberales. En el ordenamiento jurídico español actual se asume que los trabajadores extranjeros tienen un contrato de trabajo ordinario, sin ningún tipo de excepcionalidad, sobre el que se superpone una regulación administrativa que se representa como un elemento externo a la regulación contractual y que afecta a las condiciones de trabajo reales sin alterar su esencia. Sin embargo, siguen apareciendo ciertas tensiones entre la regulación administrativa y la lógica puramente contractual del trabajo asalariado libre.

Desde luego, la autorización administrativa, por definición, supone una excepción muy significativa a la regla general de libertad de contratación entre las partes que idealmente caracteriza al uso de la fuerza de trabajo en el sistema capitalista¹⁷. Pero, además, la superación de esta restricción inicial no significa que la incorporación al mercado sea plena, puesto que habitualmente se opta por una integración progresiva y escalonada del trabajador migrante, que puede pasar por diversos estadios de “liminaridad” que lo sitúan en una posición de cierta vulnerabilidad generada por el sistema jurídico, al menos hasta que se alcance la integración jurídica plena con la residencia de larga duración o la nacionalidad.

En el ordenamiento español, la autorización inicial tiene, como regla general, una duración máxima de un año (art. 73.4 REX) y difícilmente será inferior¹⁸; el

¹⁶ Destaca estas contradicciones Moulier Boutang, Y., *Op. Cit.*, pp. 137 y ss (en menor medida, pp. 61-62).

¹⁷ El sistema capitalista, en realidad, ha convivido históricamente tanto con la esclavitud, como con diversas modalidades de trabajo intervenido administrativamente o “embridado”, a menudo relacionadas con la movilización internacional de la fuerza de trabajo, *Ibid.*, *per totum*.

¹⁸ Aunque el RD 1155/2024 introduce la posibilidad de una duración inferior al año, parece poco conveniente acudir a la autorización administrativa para un contrato de corta duración. En todo caso, también se admite ahora la autorización “de temporada” más allá del procedimiento de gestión colectiva (art. 101 REX), que permite acudir al contrato fijo-discontinuo.

contrato de trabajo que se presente debe garantizar la prestación laboral durante este período [art. 74.1 b) REX], por lo que normalmente se pactará con carácter indefinido. Sin embargo, al mismo tiempo, la duración indefinida del contrato se ve en cierto modo condicionada por la duración limitada de la autorización, cuya expiración impediría la continuidad del contrato, si bien es cierto que esta se renueva con bastante facilidad si la relación laboral se ha mantenido durante todo el período [art. 80.2 a) REX].

Por otra parte, en España se permite al trabajador autorizado cambiar de empleador durante este período inicial de un año, lo que debe valorarse positivamente, porque no sucede en todos los países. Sin embargo, en la regulación de 2024, se establece un período mínimo de permanencia en el empleo de tres meses, salvo que concurran determinadas circunstancias (art. 79 REX), que implica una cierta matización de la libertad de trabajo dirigida a compensar la inversión del empleador que solicitó la autorización. Asimismo, en el régimen especial de trabajadores altamente cualificados la Administración ha interpretado que el cambio de empleador implica necesariamente una nueva solicitud¹⁹, ligando así más fuertemente al trabajador con la empresa.

En otro orden de cosas, la necesidad del trabajador de renovar la autorización para evitar la irregularidad sobrevenida puede condicionar en la práctica sus decisiones, produciendo una situación de cierta vulnerabilidad. Inicialmente, el desequilibrio de poder era más palpable, en la medida en que un eventual despido o extinción a iniciativa del empresario podía situar al trabajador en una posición particularmente precaria de cara al futuro, al dificultar la renovación de la autorización. Sin embargo, a partir de la reforma de 2022 se facilitaron las condiciones de renovación, contribuyendo así a mejorar la situación de los migrantes en situación de autorización inicial²⁰. Por lo demás, la autorización inicial se restringe, como regla general, a una comunidad autónoma y a una ocupación determinadas (38.5 LOEX, 73.1 y 4 REX)²¹. Esta limitación resulta comprensible, puesto que opera como garantía del cumplimiento efectivo del requisito de consideración de la situación nacional de empleo, que se analizará más adelante, pero al mismo tiempo resulta indudable que supone una cierta excepcionalidad respecto a la regla general de libertad de trabajo que supuestamente se aplica en el contexto capitalista.

¹⁹ Criterios de Aplicación de la Ley 14/2013 publicados por la Dirección General de Migraciones.

²⁰ Expone estos cambios, Ramos Poley, L., “El nuevo modelo...”, *Op. Cit.*, p. 119. Aunque el precepto se ha modificado en 2024 para introducir algunas mejores técnicas, no se han modificado sustancialmente los requisitos.

²¹ El RD 1155/2024 ha expandido el ámbito de restricción a la comunidad autónoma, pues en la regulación anterior era la provincia. Las comunidades autónomas con competencias en la materia podrán restringir este ámbito dentro de su territorio (art. 73.4 REX).

Por lo demás, actualmente se prevé una duración bastante amplia, de cuatro años, para la autorización renovada (art. 81.1 REX). De este modo, tras la finalización de esta segunda autorización, podría pasarse directamente a la residencia de larga duración o larga duración-UE, de carácter indefinido [arts. 32.2 LOEX; arts. 176 a) y 183.1 REX], que supondría una integración laboral plena en el plano jurídico-formal²². Sin duda esto supone una reducción de la situación de “liminaridad” o precariedad antes descrita, favoreciendo así una progresión más rápida en la integración plena de los extranjeros incorporados legalmente al mercado laboral.

3.2. Los efectos secundarios del mecanismo autorizador sobre la captación de fuerza de trabajo extranjera

Aunque desde el punto de vista jurídico-formal, la restricción más importante para la movilización de la fuerza de trabajo extranjera sería la consideración de la situación nacional de empleo, lo cierto es que el propio procedimiento administrativo autorizador, considerado en sí mismo, supone un desincentivo mucho más importante para el reclutamiento inicial de personas extranjeras, en la medida en que su prolongación en el tiempo choca frontalmente con la satisfacción efectiva de las necesidades empresariales que subyacen a la decisión de contratar.

Para solicitar la autorización de trabajo por cuenta ajena, el empleador debe iniciar un procedimiento administrativo particularmente complejo²³, que tendrá una duración incierta, pero en todo caso prolongada en el tiempo. El plazo máximo para resolver el procedimiento es de tres meses (Art. 77.6 y DA 7ª REX), pero en realidad a veces se prolonga bastante más -incluso a veces nueve meses-, dado que las Oficinas de Extranjería se encuentran a menudo sobrepasadas y con vacantes de personal sin cubrir²⁴. Posteriormente, la persona extranjera deberá solicitar su visado a través de otro procedimiento administrativo, para poder acceder legalmente al territorio nacional (arts. 38 y 40 REX), con un plazo máximo de resolución de un mes (art. 40.3 y DA 7ª.2 REX). Todo ello implica que, por supuesto, la incorporación al puesto de trabajo solo puede producirse varios meses después

²² Por supuesto, todo esto en el caso de que no se haya obtenido la nacionalidad española por residencia, conforme a lo previsto en el art. 22.1 del Código Civil.

²³ Sobre la complejidad del procedimiento y la insuficiencia de las últimas medidas adoptadas a este respecto por su carácter indirecto, *Vid.* Andrés Llamas, M.A., “El desafío de la simplificación de los procedimientos administrativos de extranjería”, en AAVV, (dir. Héctor Centeno Martín y Miguel Ángel Andrés Llamas), *Procesos migratorios y desafíos en el marco del pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular*, Universidad de Salamanca, 2023, p. 385.

²⁴ Respecto a las vacantes en las oficinas, *Ibid.*, pp. 386 y 388. En lo relativo a los plazos de resolución, un portal de información a inmigrantes publicaba a principios de noviembre de 2024 que la oficina de Madrid -una de las más saturadas- estaba resolviendo expedientes de solicitud de autorización inicial de 22 de enero de 2024, lo que implicaría unos nueve meses: <https://www.parainmigrantes.info/fechas-de-tramitacion-de-expedientes-de-extranjeria-madrid/>

de la solicitud y, además, en una fecha completamente indeterminada, lo que dificulta cualquier tipo de planificación. Por todos es sabido que, en la actualidad, la actividad empresarial presenta una importante volatilidad e incertidumbre, especialmente en las ocupaciones más precarias del sector servicios, en las que habitualmente se ubican los inmigrantes. A todo esto se añade que el tejido productivo español está compuesto fundamentalmente por pequeñas y medianas empresas, que habitualmente tienen una capacidad económica y organizativa limitada para participar en estos procedimientos complejos y que, además, es difícil que puedan prever sus necesidades a medio plazo. Dicho de otro modo, lo más habitual es que, cuando una empresa necesite un trabajador, lo precise de manera inmediata, resultando inviable embarcarse en un procedimiento largo e incierto para el reclutamiento. El caso más extremo -pero que no es en absoluto marginal en términos cuantitativos²⁵- es el que se produce en el ámbito del servicio doméstico, particularmente para cuidar a personas dependientes. En estos casos, la necesidad suele aparecer de manera inmediata y parece difícil que una familia pueda permitirse esperar varios meses en un procedimiento administrativo bastante complejo. Ciertamente, existe una cierta capacidad de previsión en determinados “trabajos de temporada”, lo que ha permitido que estos se canalicen, como veremos, a través del procedimiento de gestión colectiva de contrataciones en origen.

Podemos concluir a este respecto que, en la mayoría de los casos, los empresarios solo acuden al “régimen general” para contratar a trabajadores extranjeros cuando no resulta viable contratar a españoles, comunitarios o extranjeros ya autorizados, lo cual implica un cumplimiento espontáneo del requisito de la situación nacional de empleo. Aún en estos casos, dada la importancia que presenta en nuestro país la economía informal, sobre todo en el ámbito del servicio doméstico, es muy posible que muchas personas extranjeras estén prestando servicios de manera irregular para el empleador que solicita la autorización, de modo que se pretenda acudir al procedimiento administrativo para regularizar una situación preexistente, pero contraria al orden normativo. Esto solo será factible cuando se pudiera sortear el principio de contratación en origen, como veremos más adelante.

2.3. Las excepciones a la autorización y los supuestos de aligeramiento de la carga administrativa

La excepción más importante respecto a la necesidad de autorización administrativa para emplear a trabajadores extranjeros es, por supuesto, la que deriva de la integración de España en la Unión Europea. Como es bien sabido, a los trabajadores procedentes del Espacio Económico Europeo y Suiza -que todavía suelen denominarse impropiaemente como “comunitarios”- y a los miembros de

²⁵ Si observamos las estadísticas de concesión de autorizaciones de trabajo a extranjeros por sector de actividad (PTE-14), el sector que presenta mayores autorizaciones es, con diferencia, el del servicio doméstico

sus familias (art. 2 RD 240/2007), no se les exige ningún tipo de autorización administrativa para trabajar, por lo que la contratación es libre. En este contexto, podría decirse que el método más eficaz para canalizar las necesidades de empleo que no pueden cubrirse con la mano de obra ya integrada en el mercado de trabajo nacional sería acudir a este espacio de libre circulación de trabajadores y, de hecho, así sucede en muchos casos²⁶. Sin embargo, esto no siempre se consigue. Respecto a la necesidad de reclutar profesionales altamente cualificados, no siempre es posible competir con empleadores de otros países del mismo entorno en donde los salarios son más elevados y las condiciones de trabajo más beneficiosas. Por otra parte, en lo relativo a los empleos más precarios, no siempre concurren las condiciones económicas, políticas y sociales que configuran los “factores de expulsión” a los que hicimos referencia anteriormente. En todo caso, las diferencias económicas y en los niveles de bienestar han permitido la movilización de una apreciable cantidad de trabajadores de Rumanía y, en menor medida, de Bulgaria²⁷. Esta forma de movilización resulta, además, más elástica en lo que respecta a los cambios de ciclo económico, dado que los ciudadanos de estos países en principio tienen menores dificultades para retornar a ellos en períodos de crisis, dado que el proyecto migratorio es menos costoso y que tienen más posibilidades de volver a España en el futuro. No obstante, parece claro que la mano de obra procedente de estos países no resulta suficiente para cubrir las necesidades de mano de obra existentes, seguramente porque la integración en el espacio de libre circulación permite a estos trabajadores optar por empleos en mejores condiciones en otros estados miembros. También podrían tomarse en consideración las ventajas operativas para los empleadores asociadas a otras procedencias, como la cercanía geográfica en el caso de Marruecos o el idioma respecto a los países hispanoamericanos.

Por otra parte, en lo que respecta a los familiares cercanos de los ciudadanos españoles, anteriormente se les aplicaba el régimen comunitario, pero el nuevo reglamento ha configurado un régimen específico (arts. 93 y ss REX), que permite la obtención de una residencia temporal que no requiere autorización para trabajar (art. 95.1 REX).

Más allá de esto, los artículos 41 LOEX y 88 REX establecen una serie de excepciones a la necesidad de autorización de trabajo, que, de cualquier modo, no afectarían a la necesidad de autorizar la residencia legal. Estas excepciones son

²⁶ Así, según los datos de octubre de 2024, el 31,56% de los extranjeros afiliados a la Seguridad Social en España provienen de países de la Unión Europea.

²⁷ Según las estadísticas de población extranjera del INE en 2022, en España reside un número muy importante de búlgaros y, sobre todo, de rumanos, siendo esta última la segunda nacionalidad con más presencia en España, solo por debajo de Marruecos. El número de rumanos se incrementó de manera extraordinaria durante los años 2000, antes de la adhesión de Rumanía a la UE, coincidiendo con el *boom* de la construcción; en el periodo entre 2008 y 2015, el número de rumanos residentes en el país superaba al de marroquíes, aunque España había aplicado durante la crisis una “cláusula de salvaguarda” de carácter transitorio que le permitía establecer restricciones.

muy variopintas y responden a motivos diversos, pero todas ellas tienen un marcado carácter de excepcionalidad. A grandes rasgos, se ha distinguido²⁸ entre aquellas que atienden a las particularidades del empleador (instituciones culturales, centros de investigación, universidades, etc²⁹), las que responden a las particularidades de la actividad a desarrollar (artistas para actuaciones puntuales, ministros de culto, corresponsales de medios de comunicación extranjeros, desplazados en una prestación de servicios transnacional dentro de la UE) y, por último, las relativas a peculiaridades del trabajador extranjero (menores tutelados).

En otro orden de cosas, existen una serie de supuestos que no constituyen en sentido estricto una exención de la autorización de trabajo, pero que, en la práctica, llevan a consecuencias casi idénticas, porque las personas beneficiarias solo tienen que tramitar la estancia de larga duración o la residencia -según el caso- y estos documentos les permiten ya acceder legalmente al mercado de trabajo español, teniendo la consideración automática de autorizaciones de trabajo. A este respecto, destaca el régimen de los estudiantes extranjeros que cursen estudios superiores, en los términos establecidos por el art. 57 REX en relación con el 52.1 a) REX; para ellos, la autorización de estancia de larga duración funciona simultáneamente como autorización para trabajar por cuenta ajena, siempre que las tareas sean compatibles con el cumplimiento de la finalidad formativa de la estancia. En este contexto, hay que destacar la situación peculiar de los estudios de especialización sanitaria, que naturalmente implican en sí mismos la suscripción de un contrato de trabajo en la relación laboral de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesaria una autorización de trabajo específica (art. 58 REX). Asimismo, la autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge y de los hijos del reagrupante, permite a los beneficiarios trabajar por cuenta ajena sin necesidad de una autorización adicional (art. 19 LOEX)³⁰. Por último, la autorización de residencia por circunstancias excepcionales que se tratará más adelante, también permite el trabajo por cuenta ajena a todas las personas que tengan la edad mínima (art. 131 REX).

En otros casos, se mantiene la autorización de trabajo, pero se simplifican las cargas administrativas que esta supone, con objeto de abordar necesidades específicas. A este respecto, resulta especialmente destacable el sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen (art. 39 LOEX y arts. 113 y ss REX). Este mecanismo ha funcionado con bastante eficacia en lo que respecta a la movilización de la mano de obra en actividades “de temporada”, fundamentalmente en el

²⁸ Valdeuza Blanco, M.D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 173-174.

²⁹ No obstante, debe tomarse en consideración la previsión de un régimen de autorización de residencia y trabajo de investigadores del art. 38 bis LOEX.

³⁰ Como regla general, el extranjero autorizado puede reagrupar a sus familiares cuando lleva un año de residencia legal y ha solicitado renovación (art. 68.1 REX).

ámbito agrícola, dado que en estos casos existe una cierta previsibilidad de las necesidades futuras que facilita la planificación de la contratación con suficiente antelación. Esta gestión colectiva “de temporada” se redefinió a partir de 2022 como “migración circular”, en coherencia con los objetivos de la reforma laboral de 2021. Los problemas fundamentales de esta vía de acceso al mercado de trabajo español, en lo que respecta a la migración “de temporada”, no se refieren tanto a la canalización de las necesidades de mano de obra como a la protección efectiva de las personas reclutadas, que a menudo se encuentran en una situación de enorme vulnerabilidad³¹. En todo caso, en lo que atañe a las relaciones entre la lógica del mecanismo autorizador y la generación de vulnerabilidad, resulta criticable que la autorización de cuatro años para el trabajo “circular” se refiera en principio a un único empleador (art. 167.3 REX), puesto que esta vinculación entre el trabajo para una empresa determinada y la vigencia de la autorización -una vez más, una excepción respecto a la lógica del trabajo “libre” asalariado- atribuye a los empresarios un poder suplementario que puede facilitar situaciones de abuso³².

Otro supuesto muy importante de simplificación de las cargas administrativas es el de la contratación de trabajadores “altamente cualificados” conforme a lo previsto en los artículos 71 y ss. de la Ley 14/2013 (que fue reformada en 2023 a este respecto). Naturalmente, el régimen jurídico se vincula al previsto en la normativa de la UE -actualmente recogido en la Directiva 2021/1883/UE-, que, como institución ha mostrado una notable preocupación por el establecimiento de mecanismos que faciliten el reclutamiento de trabajadores de elevada cualificación para el espacio de libre circulación europeo. En todo caso, la normativa española desdobra el régimen jurídico en dos situaciones distintas, la de los trabajadores altamente cualificados con tarjeta azul-UE y la de aquellos que no cuenten con dicha tarjeta; la primera implica requisitos más exigentes, pero también una movilidad más sencilla entre los Estados miembros. En ambos supuestos, el aligeramiento del procedimiento administrativo es extraordinario en comparación con el régimen general, dado que la gestión de las solicitudes se encomienda a una entidad especializada (la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos), el plazo de resolución es de solo 20 días y el silencio administrativo, al contrario que en el régimen general, es positivo (art. 76.1 de la Ley 14/2013). De este modo, se reducen enormemente y casi se eliminan los impedimentos que supone

³¹ Vid. Cialti, P., Capítulo 12: la contratación en origen para el trabajo de temporada en el sector agrícola. Especial referencia a la actividad frutícola onubense”, en AAVV (dir. Santiago González Ortega) *El trabajo en el sector agrario*, Laborum, Murcia, 2024. En las pp. 508-519 se detalla cómo los procesos de selección se canalizan a través de estereotipos y prejuicios discriminatorios que a menudo se dirigen a construir un perfil de persona vulnerable que supuestamente se sometería a cualquier tipo de exigencias; en las pp. 535-542 se proponen vías para mejorar la eficacia de la protección. Sobre la situación de explotación -en ocasiones, extrema- de las mujeres temporeras resulta de interés el estudio: AAVV, *La situación de las jornaleras en los campos de fresa de Huelva: Informe Jurídico*, 2021.

³² En este sentido, Ceinos Suárez, A., *Op. Cit.*, p. 192.

el mecanismo de la autorización para un reclutamiento efectivo de trabajadores extranjeros³³. Por lo demás, la autorización inicial se emite como regla general por un periodo de 3 años y es renovable por periodos de 2 años.

Un planteamiento alternativo al de el aligeramiento de los plazos es la autorización provisional de trabajo de determinadas personas extranjeras en tanto se resuelve definitivamente la solicitud, de modo que la dilatación del procedimiento administrativo no se convierta en un obstáculo para la contratación. Esta solución se ha adoptado para el colectivo de los deportistas profesionales, que, si bien no detenta una elevada cualificación en sentido formal, presenta un cierto carácter estratégico respecto a otras ocupaciones³⁴. A este respecto, en los primeros años 2000 se advirtió que los plazos establecidos por las federaciones deportivas y ligas profesionales hacían imposible la contratación en origen, precisamente por la prolongación de los plazos administrativos a la que hemos hecho referencia³⁵. A estos efectos, en la Resolución de 12-8-2005 de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración se recoge un Acuerdo de Consejo de Ministros, que permite (instrucción tercera. 1) que el deportista extranjero desarrolle provisionalmente la prestación laboral contratada mientras se tramita la correspondiente autorización, siempre que se disponga de una certificación visada por el Consejo Superior de Deportes y se satisfagan las obligaciones de seguridad social³⁶.

Al margen de esta solución puntual, el REX reconoce expresamente algunos supuestos de “autorización provisional para trabajar”. De un lado, se concede este beneficio a las personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos o que colaboren con las autoridades (arts. 135.2, 143.4, 144.3, 139.2, 152.4 REX); de otro lado, se aplica también a quienes finalicen una estancia de larga duración por estudios y situaciones asimiladas y quieran pasar a una situación de residencia y trabajo (art. 190.7 REX), conectando con una estrategia general de reclutamiento de estudiantes.

³³ En cambio, como se ha visto, la autorización estaría ligada, en principio, a un único empleador.

³⁴ Esta especialidad podría, no obstante, ser objeto de crítica, en la medida en que se considere que, simplemente, lo que ha sucedido es que se ha consolidado un modelo de incorporación al mercado nacional que, en la práctica, pasa por un periodo inicial de irregularidad y que esta situación terminaba resultando especialmente “escandalosa” en el ámbito del deporte profesional, por su marcado carácter mediático.

³⁵ Vergara Prieto, N., “Tratamiento jurídico del deportista profesional extranjero”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 18/2020, pp. 135-137.

³⁶ Por otra parte, la Instrucción DGI/SGRJ/02/2009 clarifica la necesaria incorporación de la liga femenina de fútbol-sala, en virtud de las exigencias de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

4. EL PRINCIPIO DE CONTRATACIÓN EN ORIGEN Y SUS EXCEPCIONES

4.1. El modo real de incorporación de inmigrantes al mercado de trabajo nacional

El bloqueo de los flujos de entrada de trabajadores extranjeros no se debe únicamente al establecimiento de un procedimiento administrativo para la contratación, sino también a la pauta que podríamos denominar “principio de contratación en origen”. Este principio implica que, como regla general, el legislador asume que la selección y el reclutamiento de los trabajadores externos al mercado nacional se realiza cuando estos todavía no han accedido al territorio del país de destino. A primera vista, la regla parece lógica desde la perspectiva del control de flujos, puesto que la entrada en el territorio nacional de un número amplio de personas que carecen de recursos podría generar responsabilidades en materia de protección social o, en su caso, problemas de integración. Por ello, se pretende que los extranjeros que residan en España dispongan de antemano de sus propios medios de subsistencia, o, al menos, de la expectativa de obtenerlos a través del trabajo -asalariado o por cuenta propia-, que debería ser previamente autorizado.

El principio de contratación en origen se materializa en la exigencia de obtener un visado de residencia y trabajo para acceder al territorio nacional con la finalidad de trabajar por cuenta ajena [arts. 25 bis d) y 38.3 LOEX y arts. 37 y 40 REX]; así sucede también, lógicamente, en el sistema de gestión colectiva de contratación en origen, en el que, además, se especifica que se orienta exclusivamente a trabajadores que no se hallen o residan en España (arts. 39 LOEX y 113.1 REX)³⁷. El visado de residencia y trabajo es, en todo caso, posterior a la concesión de la autorización de trabajo al empresario y, por tanto, también a la suscripción del contrato que, como ya se indicó, había de aportarse junto a la solicitud. Sin embargo, dicho visado debe solicitarse personalmente por el trabajador interesado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida; sólo de manera excepcional se permite la presentación a través de un representante (DA 3ª.2 LOEX), pero siempre que esto no implique que el solicitante se encuentre de manera irregular en España [art. 38 b) REX]. En definitiva, se parte del paradigma de que la intermediación entre la oferta y la demanda de fuerza de trabajo se realiza “en origen”, de manera que, como regla general, primero se suscribe -a distancia- el contrato de trabajo, en un segundo momento, el empleador solicita la autorización administrativa y, varios meses después, si esta es concedida, el trabajador solicita el visado de residencia y trabajo, accediendo por primera vez al territorio nacional.

³⁷ Esta mención pone fin a una práctica anterior a la LOEX del año 2000, según la cual los “contingentes de extranjeros” funcionaban como regularizaciones encubiertas.

Sin embargo, esta conexión entre la oferta y la demanda “en origen” no resulta operativa en la mayoría de los casos. Como hemos señalado anteriormente, el sistema de “gestión colectiva de contrataciones en origen” ha resultado útil para reclutar mano de obra de cara a los trabajos agrarios “de temporada” -en la actualidad, a través de la “migración circular”-, pero no ha tenido el mismo éxito en lo que respecta a la organización de la migración de carácter estable, puesto que, en la mayoría de los casos, no se adapta a la realidad del funcionamiento de las empresas³⁸. Así, el antiguo sistema del “contingente” de trabajadores extranjeros no llegó a funcionar en España como una alternativa eficaz frente al régimen general individualizado, dado que se establecía un número de puestos de trabajo muy inferior a las necesidades empresariales que, aún así, nunca llegaba a cubrirse. Por otra parte, la contratación en origen de carácter individualizado puede funcionar correctamente en el caso de los trabajadores altamente cualificados, respecto a los cuales presenta particular relevancia la acreditación de la cualificación formal obtenida y, por lo demás, pueden producirse entrevistas de trabajo *online*, viajes y desplazamientos específicos o, en el caso de las compañías multinacionales, incluso podría acudir a las divisiones nacionales del país de origen, si las hubiera.

Sin embargo, la contratación en origen no funciona en lo que respecta a la mayoría de las necesidades de los empleadores de mano de obra extranjera. Debe recordarse nuevamente que la mayoría de las empresas españolas son de dimensión muy reducida y, por tanto, están habituadas a los canales de intermediación informales, personales y directos, de manera que a menudo contratan a sus trabajadores a partir del conocimiento directo y de su red de contactos personales; generalmente, cuando el empleador y el candidato no se conocen previamente, antes de la contratación se lleva a cabo, como mínimo, un encuentro o entrevista de carácter informal, pero en todo caso, presencial, que permite que ambas partes generen una relación mínima. Por lo demás, gran parte de las ocupaciones disponibles se refieren a actividades del sector servicios, particularmente en la hostelería, por lo que suelen requerirse determinadas habilidades de interacción social que se comprueban *in situ*. Una vez más, el caso extremo -pero, al mismo tiempo, cuantitativamente muy importante- es el del servicio doméstico, en el que los empleadores no son empresas, sino familias, que carecen de instrumentos de gestión empresarial y, al mismo tiempo, necesitan una cierta confianza con la persona que contratan, dado su inevitable acceso al domicilio familiar y el carácter peculiar que presenta el cuidado de menores y dependientes.

³⁸ “Las relaciones laborales de naturaleza contractual se construyen a partir de una interacción de mayor o menor intensidad en la que se alcanza un conocimiento mutuo y se definen las condiciones laborales que resultan mutuamente beneficiosas. El sistema del contingente a través de ofertas de empleo genéricas ignora este principio básico de la organización productiva de las empresas y por tanto limita o anula la consecución del objetivo básico por el que las empresas seleccionan a sus trabajadores”, Cebolla Boado, H., y González Ferrer, A., *La inmigración en España (2000-2007): del control de flujos a la integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 53.

Al mismo tiempo, en lo que respecta a la perspectiva de los trabajadores extranjeros, estos habitualmente no tienen la posibilidad de organizar sus proyectos migratorios en coordinación con un empleador nacional, por lo que deben acceder al territorio español a través de otra vía que no sea el visado de residencia y trabajo. Una de estas vías sería el acceso ilegal al territorio español. Desde luego, estos casos son los más dramáticos y los que tienen consecuencias más graves sobre las vidas de las personas migrantes; por eso mismo, entre otras razones, se ven magnificados por los medios de comunicación y por el discurso político, utilizándose a menudo recursos retóricos como metáforas catastróficas y bélicas (“avalancha”, “oleada”, “tsunami”, “invasión”) que apuntarían hacia la entrada masiva de extranjeros a través de “pateras” y “cayucos”. Sin embargo, más allá de la indudable importancia cualitativa de estos supuestos, su relevancia cuantitativa en la generación de las situaciones de irregularidad es extremadamente reducida. Dicho de otro modo, los controles fronterizos realmente cumplen su propósito desde un punto de vista global, dado que los migrantes solo se aventuran a acceder ilegalmente al territorio nacional en situaciones realmente extremas, dado que los obstáculos y los riesgos son muy elevados.

Así, por ejemplo, en las estimaciones de presencia irregular de extranjeros en España³⁹, la participación de personas procedentes de África es extremadamente reducida⁴⁰. En realidad, la inmensa mayoría de los inmigrantes en situación irregular procede de los países latinoamericanos, con mucha diferencia respecto a otras procedencias. Resulta destacable el volumen absoluto y relativo de irregularidad de los nacionales de Colombia, Honduras y Venezuela, países respecto de los cuales el Reglamento 2018/1806/UE no exige visado para llevar a cabo estancias de corta duración; por el contrario, las tasas de irregularidad son especialmente bajas en los nacionales de Bolivia y Ecuador, que son países para los que se exige el visado de estancia, de modo que el acceso legal al territorio resulta mucho más difícil y requiere de una mayor inversión. En realidad, al margen de las reglas proclamadas formalmente, la principal vía para acceder al mercado de trabajo

³⁹ Seguimos, en este caso, los datos de Gálvez Enhiesta, I., “The Size, Socio-Economic Composition and Fiscal Implications of the Irregular Immigration in Spain”, *UC3M Working Papers*, 2020, pp. 9-12 y AAVV (Funcas), “La población extranjera en situación irregular en España: una estimación”, *Notas de coyuntura social*, 2024. Ciertamente, hay que tener en cuenta que el uso del padrón municipal como base para la estimación podría dejar fuera del cómputo algunas situaciones de precariedad extrema, en donde ciertamente sería esperable una mayor presencia de migrantes africanos que habrían accedido irregularmente al territorio; no obstante, no resulta plausible que estas cifras sean muy elevadas. De hecho, es muy probable que muchas de estas personas estadísticamente invisibles que acceden ilegalmente al territorio español y ni siquiera se inscriben en los padrones municipales, continúen en realidad su viaje hacia otros países europeos.

⁴⁰ El número absoluto de marroquíes en situación irregular podría considerarse, hasta cierto punto, significativo. No obstante, dado que en España existe un número elevadísimo de marroquíes residentes legales, las tasas de irregularidad de este colectivo son extremadamente bajas, especialmente en comparación con los nacionales de países latinoamericanos.

español es la estancia de corta duración, que no requiere visado en lo que respecta a la inmensa mayoría de los países latinoamericanos; también en los casos en los que se exige visado, la entrada se produciría fundamentalmente a través de esta vía, aunque naturalmente el flujo de extranjeros es muy inferior, debido al obstáculo que supone la necesaria obtención del correspondiente visado. En definitiva, la mayoría de los migrantes acceden legalmente al territorio nacional, aunque sin autorización de residencia y trabajo, pero su situación administrativa deviene irregular en un momento posterior, una vez transcurrido el período de tres meses en los que se permite la “estancia”, pero en los que el ordenamiento español no autoriza al extranjero a buscar trabajo ni a solicitar autorización de residencia y trabajo.

Estas personas subsisten fundamentalmente a través del trabajo en el sector informal de la economía, que ya tenía una notable importancia en España antes de que se convirtiera en un país receptor de inmigrantes y que ha operado como un poderoso atractor de mano de obra extranjera⁴¹. Supongamos que, en un momento dado, una de estas personas encontrara a un empleador dispuesto a solicitar una autorización de trabajo inicial; dado que, como hemos visto, el procedimiento administrativo se prolonga durante varios meses, esto puede ser muy difícil, salvo que se trate precisamente de un empleador para el que ya esté presentado servicios de manera irregular -por ejemplo, en el servicio doméstico- y que, tras conocer personalmente al trabajador y estar contento con su desempeño, se muestre dispuesto a facilitar su regularización. Sin embargo, en este caso, no sería posible obtener el visado de residencia y trabajo, puesto que uno de los requisitos que se exigen es que el solicitante no se encuentre irregularmente en territorio español [art. 38 b) REX]. En este contexto, si no hubiera excepciones a estas reglas generales, el único curso de acción posible para los extranjeros sería el siguiente: 1) desplazarse a España en una estancia legal de corta duración; 2) una vez en el territorio nacional, buscar un empresario que estuviera dispuesto a esperar un período indeterminado de varios meses para contar con sus servicios legalmente; 3) si lo consiguiera, retornar a su país de origen y esperar la eventual concesión de la autorización al empresario para solicitar posteriormente el correspondiente visado; 4) volver a desplazarse a España para trabajar. Esta estrategia parece inviable, no solo por su enorme complejidad y su extrema improbabilidad, sino que, además, respecto a los países latinoamericanos, exigiría una inversión económica considerable de resultado incierto. No parece infrecuente que, por ejemplo, una persona venda su casa y la mayor parte de las posesiones para poder permitirse el viaje a España y vivir unos meses sin trabajar, por lo que una “vuelta atrás” parece como mínimo

⁴¹ “La relación entre economía sumergida e inmigración irregular es evidente ya que permite a los recién llegados mantener una relación laboral y establecerse a la espera de que el arraigo, una regularización extraordinaria u otro procedimiento les permita regularizar su situación residencial en el país. Este es el verdadero “efecto llamada” de la política de inmigración que tradicionalmente ha seguido España”, Cebolla Boado, H., y González Ferrer, A., *Op. Cit.*, p. 56.

poco oportuna. Esto podría explicar que las tasas de irregularidad estimadas sean muy altas respecto a los ciudadanos latinoamericanos y muy bajas respecto a los marroquíes -que tienen más posibilidades de desplazamiento a su país- o a los chinos, en la medida en que las redes sociales y empresariales que articulan en la práctica los proyectos migratorios de los ciudadanos de esta nacionalidad permiten eludir las dificultades de la selección en origen.

Lo que sucede en realidad es que la persona extranjera que ha entrado como “turista” continúa trabajando irregularmente en España, mientras espera un momento en el que pueda obtener la ansiada regularización, lo que solo puede suceder en un proceso de regularización extraordinaria o, con mayor seguridad, acudiendo a los “supuestos excepcionales”, particularmente al “arraigo” (art. 31.3 LOEX y arts. 125 y ss REX), que permiten residir y trabajar en España, sin necesidad de obtener un visado que autorice la entrada en el país. De esto se deduce una conclusión muy interesante: los llamados “supuestos excepcionales”, lejos de serlo realmente, constituyen, de hecho, la vía más habitual para la incorporación de los extranjeros al territorio y al mercado de trabajo españoles en términos de regularidad.

Esta conclusión no es puramente teórica, sino que se ve sustentada por los datos cuantitativos disponibles. En efecto, según las estadísticas de concesión de autorizaciones de trabajo por tipo de autorización (PTE-E2), durante los años 2021, 2022 y 2023 el número absoluto de autorizaciones por arraigo y circunstancias excepcionales ha superado claramente a las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena inicial⁴², así como al resto de autorizaciones iniciales, erigiéndose como la vía principal de acceso legal al mercado de trabajo español. Ciertamente, podría aducirse que la cifra de autorizaciones de trabajo iniciales sigue siendo numéricamente significativa, pero lo cierto es que esta no responde necesariamente a contrataciones realizadas “en origen”, como se observa si se comparan las autorizaciones con los visados. El número de visados de residencia y trabajo -que incluye tanto trabajo por cuenta ajena como trabajo por cuenta propia- es muy inferior al de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena⁴³.

⁴² En cambio, durante el año 2024, el número de autorizaciones iniciales por cuenta ajena está siendo (datos acumulados hasta agosto) superior al de las circunstancias excepcionales. No obstante, como se argumenta más adelante, esto no implica que las contrataciones hayan sido en origen.

⁴³ Así, por ejemplo, en el año 2023, el número de autorizaciones por causas excepcionales fue de 84176, mientras que el de autorizaciones de trabajo por cuenta ajena iniciales fue de 70389, claramente inferior, pero ciertamente significativo. Sin embargo, si contrastamos con las estadísticas de concesión de visados de larga duración, nos encontramos con que los visados de residencia y trabajo iniciales fueron solo de 35075 -menos de la mitad- y esta cifra incluye a los de trabajo por cuenta propia (así como el trabajo “de temporada”). Esta cifra de 35075 sigue siendo en cierto modo significativa, pero contrasta, no solo con las 84176 autorizaciones por circunstancias excepcionales, sino también con los 42865 visados de reagrupación y con los 68313 visados por estudios concedidos ese año. Como se verá, los cónyuges e hijos reagrupados, así como los

Por más que no pueda establecerse una comparación exacta entre autorizaciones iniciales y visados de entrada, esta diferencia es muy marcada y se aprecia en todos los períodos anuales, lo que implica que una parte muy importante de las autorizaciones de trabajo iniciales no han requerido visado de entrada en el territorio. Esto se explica fundamentalmente porque el paso de una autorización de residencia y trabajo por causas excepcionales a una autorización de residencia y trabajo ordinario se ha considerado hasta el momento como una autorización inicial (art. 202.2 del reglamento de 2011), aunque en la práctica funcione como una renovación⁴⁴. Pero también se debe a otros supuestos, que se verán más adelante -reagrupación familiar, estancia de estudios, residencia no lucrativa-, en los que el ordenamiento permite transicionar de la estancia o residencia legal a la residencia inicial con autorización del trabajo, sin tener que retornar al país de origen, que se verán más adelante.

Los supuestos de arraigo se dirigen a la regularización de extranjeros que hayan permanecido en España por un período continuado de dos años, que no sean solicitantes de protección internacional y cumplan otros requisitos generales, como la carencia de antecedentes penales (art. 126 REX)⁴⁵. El supuesto más importante es el “arraigo sociolaboral”, que requiere la aportación de uno o varios contratos de trabajo con unas condiciones mínimas. Pero también se establecen otros como el “arraigo de segunda oportunidad” (para afrontar la irregularidad sobrevenida de personas que tuvieron una autorización de residencia), el “arraigo social” (para quienes tengan vínculos familiares con extranjeros residentes o acrediten un esfuerzo de integración y, asimismo, tengan medios de subsistencia), el “arraigo socioformativo” (para quienes reciban determinadas formaciones) y el “arraigo familiar” (para quienes tengan a cargo a familiares menores de edad o con discapacidad que sean nacionales de la UE o el EEE, sin que en este caso se exija un período de permanencia). Además de los casos de “arraigo”, también se puede conceder una autorización de residencia temporal por diversos motivos humanitarios o de colaboración con la justicia (arts. 31.3 y 31 bis LOEX y 128 y 129 REX).

En todo caso, podemos presumir que el “arraigo sociolaboral” seguirá siendo -como lo fue su predecesor, que se denominaba “arraigo social”-, la vía normal de regularización ordinaria de los extranjeros y, por consiguiente, también el modo normal de incorporación legal al mercado de trabajo español. Así pues, los

estudiantes, pueden en general, trabajar por cuenta ajena y pasar posteriormente a una autorización inicial de trabajo sin necesidad de obtener un visado de trabajo.

⁴⁴ En el reglamento de 2024 se establece expresamente la posibilidad de prórroga de la residencia por arraigo (art. 132), pero también procedería la transición al régimen común de la residencia y trabajo si se cumplen los requisitos (art. 191), parece que a título de renovación (por cuatro años).

⁴⁵ La regulación de los supuestos de arraigo ha sufrido modificaciones muy importantes en el nuevo reglamento. Para evitar confusiones, hacemos referencia al régimen establecido en el RD 1155/2024.

extranjeros ajustan sus expectativas a la idea de que: 1) la entrada tiene que hacerse a través de la estancia de corta duración; 2) posteriormente hay que mantenerse en el territorio nacional trabajando en la economía sumergida durante un período de tres años, que se ha reducido a dos en el nuevo reglamento; 3) después hay que solicitar la autorización por arraigo y, en el momento en que se conceda -dado que no se permite trabajar provisionalmente-, se accederá a una autorización de trabajo de un año; 4) posteriormente, esta autorización podrá renovarse si se cumplen los requisitos oportunos, entrando en la dinámica de la integración progresiva hasta obtener la residencia de larga duración o la nacionalidad española.

Como ya hemos señalado, este modelo de incorporación es funcional a la existencia de un importante sector informal de la economía, cuya reproducción se termina garantizando con la entrada y permanencia de extranjeros en situación de vulnerabilidad. Por supuesto, dada la intrincada maraña que constituye la normativa española de extranjería, esta “regla (informal) general”, presenta numerosas excepciones que a veces permiten eludir o reducir el período de irregularidad previo. Algunas de ellas vienen dadas por los supuestos de verdadera contratación en origen (sobre todo, en lo que respecta a los trabajos de temporada y a los trabajadores altamente cualificados); otras, por determinadas “causas excepcionales” humanitarias, distintas del arraigo sociolaboral; también habría que tener en cuenta la posibilidad de trabajar por cuenta propia, aunque cuantitativamente no sea muy importante. En cualquier caso, en este momento nos interesa profundizar en las “transiciones”⁴⁶ que permiten pasar de una situación de estancia o residencia simple a otra situación de residencia con autorización para trabajar, sin tener que cumplir con el difícil requisito de obtener el visado en el país de origen.

4.2. Las “transiciones” y la posibilidad de los visados de búsqueda de empleo

En primer lugar, podríamos considerar en cierto modo como una “transición” la situación de los extranjeros residentes legales por reagrupación familiar que obtuvieran a una autorización “independiente” del reagrupante (art. 69 REX). Como hemos visto, tanto el cónyuge como los hijos estarían previamente autorizados para trabajar solamente con la residencia, pero en este caso, cuando se cumplieran las circunstancias reglamentariamente establecidas, podrían pasar a una autorización de residencia y trabajo que no estuviera vinculada a la del familiar reagrupante; en cuanto a los ascendientes, estos tendrían que obtener previamente la correspondiente autorización para trabajar (art. 69.6 REX), pero, al igual que los anteriores, no necesitarían un visado para entrar de nuevo en el territorio español.

⁴⁶ Valdueza Blanco, M.D., *Op. Cit.*, pp. 257-258 las denomina “tránsitos”.

En segundo lugar, es muy relevante el tratamiento de los estudiantes. Ya hemos visto que aquellos que cursan estudios superiores están directamente autorizados para trabajar por cuenta ajena con ciertos límites, pero, en los demás casos, también podrán prestar servicios para un empleador, siempre que este obtenga una autorización de trabajo (art. 57 REX), sin necesidad de obtener un visado de residencia. Por lo demás, tanto unos como otros -aunque no otros colectivos asimilados- podrán solicitar, cuando finalicen sus estudios, la modificación de la situación de estancia de larga duración a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, una vez más, sin necesidad de obtener un visado y, como hemos visto, con la posibilidad de trabajar de manera provisional en tanto se resuelve su solicitud (art. 190.1 y 190.7 REX). Todos estos supuestos son muy relevantes, puesto que, en la práctica, el número de visados de estudios concedidos cada año es muy superior al número de visados de residencia y trabajo; por supuesto, no todos estos estudiantes extranjeros tienen por qué trabajar en España o aspirar a quedarse en el territorio tras finalizar sus estudios, pero, en cualquier caso, hay que constatar que la estancia formativa es una vía de acceso bastante más realista para los extranjeros que la contratación en origen; es por ello que las reformas de 2022 y 2024 han pretendido, en gran medida, facilitar el reclutamiento de las personas extranjeras que ya han tomado contacto con el país en calidad de estudiantes.

En tercer lugar, el ordenamiento admite las transiciones sin visado de la mayoría de los supuestos de residencia temporal⁴⁷ a la residencia con autorización de trabajo por cuenta ajena (art. 191.1 y 191.7 REX). También es posible pasar directamente de la autorización de trabajo por temporada al régimen común de residencia y trabajo sin tener que sacar visado (art. 191.6 REX). Por último, también los familiares de ciudadanos españoles y de la UE y el EEE que pierdan esta condición podrán modificar su situación a la de residencia y trabajo sin tener que salir del país (art. 191.8 REX). En cambio, la estancia de corta duración no permite la transición a la residencia y trabajo, lo que genera los supuestos de irregularidad sobrevenida que hemos referido anteriormente.

En cuarto lugar, merecen especial atención los “visados de búsqueda de empleo” (art. 39.1 LOEX y arts. 43 y ss REX), que permiten la residencia en el territorio nacional con la finalidad de buscar trabajo, pasando después a la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial sin necesidad de salir del país. Estos visados se configuran como una mera facultad potestativa del ministerio competente -recordemos, una vez más, la discrecionalidad como elemento esencial del sistema de gestión de flujos-, vinculándose a la “gestión colectiva de las contrataciones en origen [arts. 39 LOEX y arts. 43.3, 45.2 y 114 c) REX]. De entrada, resulta muy llamativo su encaje en esta institución, porque estos visados no tendrían por qué incorporarse a un proceso de “gestión colectiva”, ni tampoco

⁴⁷ Residencia no lucrativa, residencia por cuenta propia y algunos supuestos de residencia por circunstancias excepcionales, incluyendo el arraigo.

tendrían por qué conducir a una “contratación en origen”. Esto se debe seguramente a motivos históricos, en la medida en que estos visados aparecieron en el contexto del antiguo “contingente”, con el que anteriormente se gestionaban colectivamente las contrataciones en origen y que se sostenía sobre la asignación de un cupo de plazas a cubrir, lo que permitía destinar una fracción de este cupo a los visados para búsqueda de empleo.

La normativa prevé dos modalidades de visado para búsqueda de empleo: uno destinado a hijos y nietos de españoles de origen y otro, referido a “determinadas ocupaciones”, se entiende que requeridas por el mercado de trabajo y donde la contratación en origen resulte particularmente difícil. Este último supuesto es el que nos interesa estudiar, pues no se refiere a circunstancias personales de los trabajadores, sino a la búsqueda de un proceso de reclutamiento efectivo para atender a los requerimientos del mercado laboral. Sin embargo, en la práctica, esta facultad solo se ha ejercido de manera testimonial, admitiéndose excepcionalmente en el contingente de algunos años un número extremadamente reducido de plazas a cubrir en el ámbito del servicio doméstico (726 puestos en el contingente para 2006 y 455 en el contingente para 2007). En algunos otros años, se ha reconocido, además, un número también muy reducido de visados para búsqueda de empleo destinados a hijos y nietos de españoles de origen, pero la tónica general ha sido, desde luego, la falta de recurso a este instrumento.

En nuestra opinión, puede resultar muy provechoso relanzar esta figura de los visados de búsqueda de empleo, dándole una regulación apropiada y admitiendo un número realmente significativo de visados, al menos en el ámbito del servicio doméstico, con objeto de sustituir progresivamente el mecanismo actual de recurso a la estancia turística, que inevitablemente arrastra a los extranjeros a la irregularidad; por supuesto, la entrada de extranjeros al territorio nacional por esta vía seguiría implicando un riesgo de irregularidad sobrevenida, pero este problema podría afrontarse de manera más eficaz. Por otro lado, desde la perspectiva de la restricción de los flujos, el reto de la regulación sería conseguir que estos visados no se acumularan a las estancias supuestamente “turísticas”- pero con finalidad migratoria- sino que contribuyeran a sustituirlas de manera paulatina, lo que quizás podría conseguirse canalizándolos estratégicamente a los países que generan un mayor flujo de emigrantes a España.

El RD 1155/2024 parece apostar decididamente por potenciar este tipo de visados, estableciendo una regulación específica en sus arts. 43 y ss. En ella se prevé expresamente la transición a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena sin necesidad de solicitar un nuevo visado (art. 43.5 REX). Por otra parte, con buen criterio, se prevé la prórroga de la residencia durante la tramitación de la autorización, pues, de lo contrario, dicha tramitación podría llegar a anular la finalidad de búsqueda de empleo atribuida a la residencia. Para evitar que este procedimiento se dilate, se establece un plazo máximo para la resolución de 10 días (art. 43.4 REX). Aunque este plazo tan reducido debe valorarse, en principio,

de manera positiva, es posible que sea poco realista, si se pretende realmente que el número de visados para búsqueda de empleos sea significativo. A estos efectos, hubiera sido preferible que, simplemente, se hubiera establecido una “autorización provisional para trabajar” equiparable a la de las personas extranjeras que finalizan sus estudios en España. Por otra parte, resulta muy llamativo que el plazo para la residencia sea de 12 meses, mientras que anteriormente se establecía una estancia de 3 meses. En el caso de los visados para determinadas ocupaciones en las que concurre una especial necesidad de reclutamiento de mano de obra, este período resulta excesivamente dilatado, toda vez que debería encontrarse el empleo con cierta celeridad y que ya se ha previsto la prórroga de la residencia durante la tramitación de la autorización; por otra parte, resulta difícil para cualquier trabajador sostenerse durante un año entero solamente con sus ahorros. Desgraciadamente, es posible que se esté asumiendo que, antes de conseguir que un empleador presente una solicitud de autorización -por ejemplo, en el servicio doméstico-, es preciso pasar primero por un cierto periodo de trabajo irregular. Por lo demás, este plazo tan amplio también puede redundar en que finalmente el número de visados para búsqueda de empleo que se concedan sea muy limitado o a que se exijan elevados recursos económicos. Habrá que esperar a las próximas órdenes relativas a la gestión colectiva de contrataciones en origen para comprobar si realmente se pretende una verdadera sustitución de las estancias de corta duración como vía de acceso al país con finalidad migratoria.

5. LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO

Aparentemente, la restricción más importante a los flujos migratorios que existe en el ordenamiento español es la necesaria consideración de la “situación nacional de empleo”. Como es sabido, este requisito consiste en que la incorporación de trabajadores externos al mercado de trabajo solo puede producirse, con carácter general, cuando las necesidades de mano de obra no se cubran con los trabajadores ya incorporados al mercado de trabajo nacional, es decir, españoles, nacionales de países del EEE y Suiza y extranjeros “extracomunitarios” residentes legales (art. 38 LOEX). Sin embargo, una vez más, en el sistema español, las cosas no son lo que parecen. En efecto, como ya hemos argumentado, el propio funcionamiento del procedimiento autorizatorio, unido al principio de contratación en origen, producen un desincentivo tan intenso para recurrir a la mano de obra extranjera, que se termina desactivando en gran medida la operatividad real de este otro requisito. Dicho de otro modo, en la inmensa mayoría de las ocasiones, cuando un empleador está dispuesto a contratar a un trabajador extranjero que quizás no conoce expresamente y que solo podría incorporarse al trabajo en un período indeterminado de varios meses, será porque realmente no puede cubrir sus necesidades con mano de obra endógena. No obstante lo anterior, lo cierto es que este requisito termina por introducir restricciones adicionales, por ejemplo,

produciendo una mayor incertidumbre sobre el resultado, que abundaría aún más en estos desincentivos.

También en este ámbito, existe una complicada acumulación de excepciones a esta restricción inicial, que aparecen mencionadas, no solo en el art 40 LOEX, sino también en muchos otros preceptos normativos⁴⁸. Para ordenar estas excepciones, se ha distinguido⁴⁹ entre excepciones vinculadas al empleo a desarrollar (puestos de confianza, trabajadores necesarios para el montaje de instalaciones, trabajadores enrolados en buques en virtud de acuerdos internacionales de pesca, etc...), excepciones relacionadas con los sujetos que pretenden acceder (vínculos familiares con españoles, refugiados, apátridas, menores de edad...) y excepciones relacionadas con el tipo de autorización que se concede. Este último grupo de excepciones conectaría con la idea general de que la situación nacional de empleo no se tiene en cuenta para las personas que ya están integradas de algún modo en el territorio y que, por tanto, no pueden ser considerados realmente como mano de obra exógena (renovaciones de residencia y trabajo o cambios desde la residencia sin trabajo, familiares reagrupados, estudiantes, residentes por circunstancias excepcionales, etc.).

Por lo demás, la forma “normal” de verificar el cumplimiento del requisito de atención a la situación nacional de empleo es acudir a los Catálogos de Ocupaciones de Difícil Cobertura (en adelante, COCD), elaborados trimestralmente por el SEPE a partir de los datos de los servicios autonómicos, tras consultar a la Comisión Tripartita de Migración (art. 38.2 LOEX y art. 75.1 REX), que indican las ocupaciones disponibles para la mano de obra exógena en cada Comunidad Autónoma (hasta la entrada en vigor del RD 1155/2024, en cada provincia). Sin embargo, una vez más, la regla general no es la que se aplica realmente, porque el COCD ha estado durante muchos años prácticamente desactivado, reducido únicamente a ocupaciones relacionadas con los sectores de la marina mercante y el deporte profesional, sin atender a las necesidades reales de mano de obra que demandan los empleadores⁵⁰.

A este respecto, el RD 629/2022 intentó reducir obstáculos normativos, con la finalidad de que el catálogo operara con mayor efectividad para canalizar las necesidades empresariales y sus modificaciones se han mantenido en la regulación de 2024. Sin embargo, los resultados han sido hasta el momento modestos, puesto que los catálogos trimestrales se han limitado a incorporar un número reducido

⁴⁸ *Vid.*, arts. 44.1, 57.1, 69.1 c), 92.1, 110.2, 115.1, 116.2, 127 b), 172.4, 174.4, 179.3.2º, 190.2, 191.2, 191.4, 191.6 b) 1º REX. También se interpreta que el requisito no se aplica a los ciudadanos de Chile y Perú en virtud de los convenios de doble nacionalidad con estos países.

⁴⁹ Valdueza Blanco, M.D., *Op. Cit.*, pp. 226-227.

⁵⁰ Ramos Poley, L., “El nuevo modelo...”, *Op. Cit.*, p. 117 ; Ramos Poley, L., “El impacto de la nueva Ley de Empleo en las personas migrantes y refugiadas”, *Trabajo y Derecho*, 112/2024, pp. 14-16; Ceinos Suárez, A., *Op. Cit.*, p. 190 (nota 14).

de ocupaciones del sector de la construcción, relativas a perfiles muy específicos respecto a los cuales las necesidades de mano de obra resultan especialmente acuciantes. Esto se debe a que aún no se ha llegado a un consenso muy claro en esta materia. En efecto, existe un debate, todavía no resuelto, por un lado entre el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (partidario de una mayor apertura) y el Ministerio de Trabajo y Economía Social (con un enfoque más restrictivo) y, por otro lado, entre las organizaciones empresariales -que demandan una expansión del catálogo- y las organizaciones sindicales, que mantienen una posición mucho más cautelosa⁵¹. Los recelos sindicales podrían explicarse por la idea de que, en algunos casos, la escasez de mano de obra podría estar provocada por la devaluación de las condiciones de trabajo en algunos ámbitos, si bien es cierto que la desactivación del catálogo tampoco ha conseguido resolver por sí misma estos posibles problemas, dado que estas necesidades se siguen generando año tras año. En este contexto, quizás un CODC más realista, que incorporara un mayor número de ocupaciones, podría conjugarse con los visados de búsqueda de empleo a los que hemos hecho referencia, para articular mecanismos legales efectivos de inserción en el mercado de trabajo español que sustituyeran el actual modo de incorporación basado en un período de irregularidad previo.

Entretanto se amplía el catálogo, una vez más, la excepción se ha convertido en la regla que, en la práctica, se aplica con carácter general. Esta excepción consiste en la obtención de un certificado del servicio público de empleo que acredite la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir un puesto de trabajo concreto, aunque no aparezca en el CODC. Esto implica que, antes de solicitar la autorización, debe publicarse la oferta en los espacios establecidos al efecto por el servicio público, remitiéndose posteriormente a estos los resultados del proceso selectivo (art. 75.2 REX). Este precepto alude a que la oficina de extranjería tomará en consideración tanto el informe de los servicios públicos de empleo como la “urgencia de la contratación acreditada por la empresa”. Lo cierto es que esta urgencia resulta difícilmente compatible con la lentitud del procedimiento autorizador, por lo que esta mención seguramente cumple la función de establecer ciertos márgenes de discrecionalidad para que las oficinas de extranjería puedan autorizar la contratación en caso de que lo consideren oportuno.

6. CONCLUSIÓN FINAL

El sistema español de control de los flujos migratorios responde a dos finalidades que, en principio resultan contradictorias entre sí: de un lado, la restricción de los flujos que opera por defecto, bloqueando la entrada de extranjeros

⁵¹ *Vid.* Rojo Torrecilla, E., “Contratación de trabajadores extranjeros en el sector de la construcción. Ampliación del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura”, Entrada de blog de 15-8-2023. <<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/08/contratacion-de-trabajadores.html>>

y, de otro lado, la movilización efectiva de la fuerza de trabajo extranjera para atender a las necesidades del mercado de trabajo.

La restricción de los flujos se configura a partir del principio de “contratación en origen” y de la exigencia de un procedimiento autorizador largo y complejo, en el que, además, se exige la atención a la “situación nacional de empleo”, que remite a unos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura prácticamente vacíos de contenido. La combinación de estos tres elementos -sobre todo, de los dos primeros- llevaría en principio a que el reclutamiento de la fuerza de trabajo extranjera resultara virtualmente imposible. No obstante, para responder a las necesidades de mano de obra, así como a determinadas situaciones particulares de los trabajadores, se introducen innumerables y variadas excepciones a este principio general restrictivo, que son los cauces por los que realmente se instrumenta el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo, sustituyendo a una regla general inaplicable en la práctica. Esto se consigue a través de una normativa extremadamente compleja e inabarcable, que cambia vertiginosamente para adaptarse a los continuos cambios económicos y que, por el mismo motivo, atribuye una considerable relevancia a la discrecionalidad administrativa. A pesar de ello, subsisten abundantes contradicciones entre normas de diverso orden jerárquico, así como entre las normas y las prácticas aplicativas, dificultando aún más la interpretación y la aplicación de las normas.

Algunas de estas excepciones han resultado funcionales para abordar determinadas necesidades de mano de obra. Así sucede, por ejemplo, con el reclutamiento de los trabajadores altamente cualificados y los deportistas profesionales. También se ha conseguido canalizar efectivamente las necesidades de fuerza de trabajo para las labores agrícolas “de temporada”. Sin embargo, en lo que respecta a la contratación de trabajadores extranjeros sin especial cualificación, particularmente cuando se lleva a cabo por pequeñas y medianas empresas y en el servicio doméstico, la normativa española no permite atender adecuadamente la demanda de mano de obra exógena en el mercado de trabajo. Esto ha generado un sistema de “doble regulación”, en el que las reglas formalmente vigentes -casi siempre, inaplicables- conviven con una serie de pautas no escritas a las que los trabajadores y empleadores ajustan realmente sus expectativas. Así pues, los trabajadores extranjeros saben perfectamente que su acceso al mercado español no se puede producir a través de una autorización inicial de trabajo y residencia que permita solicitar un visado de residencia y trabajo en origen, como se desprendería en principio de la lectura de las normas. Por ello, en realidad, cuando no pueden venir como estudiantes o por reagrupación familiar, acceden al territorio español a través de estancias de corta duración, quedando en situación de irregularidad sobrevenida cuando finaliza el plazo de tres meses; subsisten, sin embargo, trabajando de manera irregular en la economía sumergida durante un período que hasta ahora ha sido de tres años (y se pretende reducir a dos), tras los cuales podrían regularizar su situación a través de la figura del arraigo, si cumplen las condiciones

y no pueden encontrar una excepción que les resulte más ventajosa. Aunque este modelo no puede defenderse ni en el plano ético ni en el plano jurídico, lo cierto es que termina siendo funcional a la demanda de mano de obra irregular que genera el sector informal de la economía, naturalmente en condiciones de precariedad y vulnerabilidad extremas.

En este contexto, si se pretende acabar con la inmigración irregular, seguramente la estrategia más importante a seguir sea la lucha contra la economía sumergida, que es la que genera en un primer momento la demanda de mano de obra que viene a ser cubierta por los migrantes vulnerables. Pero también es necesario articular procedimientos apropiados que permitan el reclutamiento de trabajadores extranjeros no especialmente cualificados para atender a las necesidades del mercado de trabajo, canalizando en la medida de lo posible a la población que se ve expulsada de sus países de origen, para reducir así el efecto de la presión migratoria indeseada que provocan los desequilibrios internacionales. Para ello nos planteamos, al menos como ideal regulatorio o hipótesis de trabajo, un modelo de gestión de las migraciones en el que las restricciones del flujo -que, desgraciadamente, parecen hoy por hoy irrenunciables⁵²- afecten únicamente al acceso al territorio y al derecho de residencia y permanencia en el estado de acogida, pero no al derecho a trabajar de quienes están materialmente presentes en el territorio, por más que las limitaciones de entrada se puedan vincular de algún modo a las necesidades de mano de obra. De este modo, no sería necesario que los trabajadores fueran contratados en origen, ni que tuvieran que esperar a la resolución de la autorización para trabajar legalmente y al mismo tiempo, se impediría la reproducción de la economía sumergida y la explotación extrema que se producen a través del reclutamiento de inmigrantes en situación irregular. Por supuesto, este modelo alternativo puede parecer demasiado alejado de la realidad presente, pero merece la pena tomarlo como referencia para avanzar paulatinamente en esa dirección, abordando así los problemas que supone el control de flujos de una manera más eficiente.

Así, consideramos oportuno retomar progresivamente la idea de los “visados de búsqueda de empleo”, que, en realidad, no se ha llegado a poner en práctica, más allá de algunos casos puramente testimoniales, aunque el último reglamento parece atribuirles mayor importancia. Para facilitar el procedimiento de autorización, estos visados podrían conectarse con determinadas ocupaciones expresamente mencionadas en los CODC, cuyo contenido, naturalmente, tendría que ampliarse para responder más efectivamente a las necesidades del mercado

⁵² No creemos que haya que renunciar al ideal de un mundo sin fronteras para las personas, pero su realización efectiva no depende de la mera voluntad política del legislador de un estado, sino que también requiere transformaciones muy profundas en el orden internacional. Por lo demás, como ya se ha dicho, sin duda debe atenderse también a imperativos éticos (“humanitarios”) y jurídicos en la acogida de personas extranjeras, más allá de la atención a las necesidades del mercado de trabajo, pero esto no puede llevar a una apertura total de las fronteras.

laboral. En una primera fase, los visados de búsqueda de empleo podrían concederse únicamente para ocupaciones en el servicio doméstico y las labores de cuidado, que es donde se manifiestan con mayor intensidad los impedimentos provocados por el principio general restrictivo; quizás en el futuro podrían ampliarse a otras ocupaciones. Por lo demás, el reto de la regulación sería conseguir que estos visados sustituyesen progresivamente a las estancias cortas que realmente tuvieran una finalidad migratoria, para afrontar el problema generalizado de la irregularidad sobrevenida; para ello, al menos en las fases iniciales, los visados de búsqueda de empleo podrían canalizarse prioritariamente hacia personas procedentes de países a los que no se exige visado para estancias cortas, especialmente para aquellos que estuvieran produciendo una mayor presión migratoria. Las condiciones más ventajosas podrían constituir un estímulo para la canalización apropiada del flujo.

No cabe ninguna duda de que, en la gestión pública de los flujos migratorios no existen, ni existirán, recetas mágicas que resuelvan milagrosamente los trascendentales problemas jurídicos, éticos, económicos y sociales que se nos presentan en la actualidad en el contexto de la “globalización” capitalista. Pero sí que merece la pena seguir identificando estos problemas y continuar buscando soluciones que sean operativas y justas, desde la sensibilidad hacia la dignidad humana y también desde la razón y las evidencias empíricas. Aunque sea difícil alcanzar una situación óptima, los pequeños logros que se vayan alcanzando en este sentido, contribuirán, desde luego, a mejorar las condiciones de vida, tanto de los nacionales como de los extranjeros.