

Capítulo V

Residencia temporal del extranjero que ha retornado voluntariamente a su país

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
de la Universidad de Sevilla*

I. La política de fomento del retorno voluntario

El nuevo Reglamento da un paso más en el decidido camino de fomentar el retorno voluntario de los extranjeros a sus países de origen iniciado en 2008 con el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen¹²⁷ y el pertinente desarrollo reglamentario, aprobado por RD 1800/2008, de 3 de noviembre¹²⁸, regulando unas reglas específicas para la concesión de autorizaciones de residencia temporal para quienes hubieran decidido retornar a sus países de origen y luego pretendieran su regreso a España.

Como es bien sabido, esta política recibió duras críticas en su momento, entre otras razones, por su carácter improvisado, por sus limi-

127. BOE 20 de septiembre. El acuerdo de convalidación del Congreso de los Diputados plasmado en la Resolución de 2 de octubre de 2008, aparece publicado en el BOE del día 14 de octubre.

128. BOE 11 de noviembre.

tados efectos prácticos, su falta de consenso, su carácter oportunista, la limitación que opera sobre los derechos de los inmigrantes¹²⁹ y otros análogos, aunque también ha sido objeto de alguna valoración positiva, aun a pesar de su éxito incierto y de que las medidas podrían haber sido más incisivas y haber ido más allá de las previstas en este paquete, pues su previsible alcance en la reducción de los efectivos inmigratorios es minoritario¹³⁰. Afirmación esta última fácilmente compartible si se observan los requisitos impuestos para la percepción de la prestación de forma acumulada, en cuanto a la regularidad del inmigrante, su situación de desempleo, los países de origen y el ser beneficiarios de prestaciones contributivas de desempleo¹³¹, además de las dificultades de todo orden (personal, social, familiar y laboral) de la adopción de la decisión de abandonar este país y las pertinentes dificultades de la reinserción laboral en su país de origen, aspectos en los que no vamos a ahondar¹³².

Las actuaciones dimanantes de aquellas normas legales se completan

129. Por todos, resultan interesantes las consideraciones vertidas por ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., "El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un regreso", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 310, 2009, p. 4. Bastante crítico se muestra también CABEZA PEREIRO, J., "El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: Primeras notas", *Actualidad Laboral* nº 21, 2008, *La Ley* 40372/2008, p. 2, cuando considera que la norma no muestra un celo excesivo en contrastar el buen fin de la prestación capitalizada sino en ofrecer un sueldo a las personas que pierden su empleo y ostentan derecho a prestación para que abandonen el territorio del Reino de España.

130. DE LA VILLA DE LA SERNA, D., "Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y sus normas complementarias", *RGDTSS* nº 18, 2008, pp. 3 y 9.

131. Sobre esta cuestión en particular, entre otros, ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., "El anticipo de la prestación por desempleo...", op. cit., pp. 6-7.

132. Entre otros, ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., "El anticipo de la prestación por desempleo...", op. cit., pp. 10 ss; DE LA VILLA DE LA SERNA, D., "Medidas de fomento de la retro-inmigración...", op. cit., en especial, p. 10; GARCÍA NINET, J.I., "¿Incentivos reales al retorno de inmigrantes extracomunitarios?: breves consideraciones al hilo del Real Decreto-Ley 4/2008", *Tribuna Social* nº 214, 2008, pp. 5 ss; LUJÁN ALCARAZ, F., "El abono acumulado y anticipado de la prestación de desempleo a trabajadores extranjeros", *Aranzadi Social* nº 16, 2009, pp. 11 ss; PÉREZ YÁÑEZ, R.M., "A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo", *Relaciones Laborales* nº 10, 2009, *La Ley* 11844/2009.

con el nuevo capítulo reglamentario y se encuadran, como reconocía la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, "en un marco más amplio orientado a ordenar el fenómeno migratorio y los flujos migratorios"... considerando que "favorecerá la inserción laboral y profesional en sus países de origen, se fortalecerá el desarrollo de estos países con el retorno de trabajadores con una cualificación y experiencia laboral enriquecida y formativa y permitirá reforzar la relación de nuestro país con los países de origen". Ahora bien, la verdadera razón de ser de este tipo de política no es otra que el considerar que se trata de la medida más oportuna en la actual coyuntura económica de restricción de empleo, para ofrecer a los trabajadores extranjeros oportunidades y recursos para su inserción laboral y profesional en sus países de origen.

Según se prevé en el preámbulo, adaptándose al nuevo ciclo migratorio, el Reglamento también apuesta por fomentar y garantizar la movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes. Así, se introducen previsiones sobre el retorno voluntario que hacen posible el regreso en un futuro recuperando los periodos de residencia previos siempre que se cumplan los requisitos para ello y el compromiso de no retorno. De modo específico, se incluye un capítulo dedicado a los efectos del retorno voluntario de la persona extranjera en el supuesto de que decidiese volver a España.

II. Requisitos de acceso a la situación regulada reglamentariamente

Se encarga el artículo 120 del Reglamento de delimitar los requisitos que determinan la aplicación de la situación contemplada en el capítulo a comentar. Para acogerse a la situación prevista legalmente ha de tratarse de un extranjero titular de una autorización de residencia temporal que:

- a) se acoja a un programa de retorno voluntario impulsado, financiado o reconocido por la Administración del Estado¹³³.

133. Sobre los distintos planes o programas de retorno voluntario existentes, nos permitimos remitir al lector al completo estudio de SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., "El plan de retorno voluntario: significado y consecuencias", en MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, La Ley*, Madrid, 2010, en especial, pp. 655 ss.

b) retorne voluntariamente a su país de origen al margen de programa alguno.

Como vemos, aunque la conexión con el plan específico de percepción acumulada y anticipada de prestación por desempleo es evidente, la norma tiene cierta vocación de universalidad, siendo requisito esencial el retorno voluntario al país de origen.

Uno de los aspectos que suscitó ciertas dudas a la doctrina hacía referencia a la interpretación que debía darse a la fórmula empleada (país de origen), que podía llevar a pensar que incluía aquel del que procediera dicha persona inmediatamente antes de haber llegado a territorio del Reino de España u otro en el que hubiera residido durante un tiempo considerable, exégesis que tendría cabida en una lectura literal y finalista del concepto¹³⁴. No obstante, la expresa mención a la necesidad de que los beneficiarios sean nacionales de países con los que España tenga convenios bilaterales en materia de Seguridad Social¹³⁵, aunque podría extenderse a otros distintos, parecía desterrar dicha interpretación, ya que la fórmula empleada induciría a considerar que el retorno es a este mismo país¹³⁶. Estas interrogantes quedaron despejadas definitivamente en el art. 1 RD 1800/2008 que señala que a los efectos de esta norma, se entiende por país de origen aquel que corresponda a la nacionalidad del trabajador, aunque subsiste la duda en los casos en que no resulte posible determinar dicho país.

Por otra parte, se incluye una precisión que podría juzgarse innecesaria por reiterativa, referente a que en cualquier caso, lo previsto en este capítulo se entenderá sin perjuicio del derecho de los extranjeros residentes en España a salir del territorio español y regresar a éste durante la vigencia de su autorización de residencia, sin más limitaciones que las establecidas de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (básicamente por razones excepcionales

134. CABEZA PEREIRO, J., "El pago único de la prestación de desempleo...", op. cit., p. 3.

135. En la actualidad, Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Federación Rusa, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

136. Vid. Las consideraciones que en este sentido realiza el propio autor, CABEZA PEREIRO, J., "El pago único de la prestación de desempleo...", op. cit., p. 5.

de seguridad nacional o salud pública), y las derivadas de la posible extinción de su autorización tras un determinado período de ausencia de territorio español, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento¹³⁷. De forma específica el propio artículo 28 en su aptdo 3 viene a señalar que la salida de territorio español será obligatoria cuando se cumpla el plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

No obstante lo anterior, es conveniente recordar que la regulación contenida en las normas anteriores originó ciertas dudas. Por una parte, el Real Decreto-Ley 4/2008 aludía, sin mayores matizaciones, a que el trabajador extranjero deberá comprometerse a retornar a su país de origen y no retornar a España en el plazo de tres años. Sin embargo, parecía más flexible la redacción contenida en el RD 1800/2008 que hablaba de no retornar para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional por cuenta propia o ajena (art. 2.d), acompañada de la previsión de que no podrán concederse en el plazo previsto (los tres años siguientes) autorizaciones de residencia o trabajo (art. 6.2). En consecuencia, parecía dejar abierta la puerta al regreso para estancias de corta duración, viajes de turismo o de visita a familiares y amigos, aunque se echaba en falta la previsión de causas extraordinarias tales como el asilo y la residencia en circunstancias excepcionales (por motivo de protección internacional o razones humanitarias), que pudieran actuar como excepción a la regla general¹³⁸.

III. El eje central de la regulación: cumplimiento del compromiso de no regreso a territorio español

En coherencia con la regulación legal del programa de retorno voluntario auspiciado por el Gobierno donde las ayudas se hacen depen-

137. Así, por ejemplo, de conformidad con lo previsto en el art. 162.2 e) del Reglamento cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un período de un año.

138. ABRIL LARRAÍNZAR, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., "El anticipo de la prestación por desempleo...", op. cit., p. 14. En la misma dirección, PÉREZ YÁNEZ, R., "A vueltas con la gestión de los flujos migratorios...", op. cit., p. 8. Para CABEZA PEREIRO, J., "El pago único de la prestación de desempleo...", op. cit., p. 6, la referencia al no retorno debe equipararse a no volver a residir, pero admitiría situaciones de estancia por tiempo no superior a 90 días.

der del compromiso por parte del extranjero de no regresar al territorio español, la regulación que ahora nos ocupa prevé las repercusiones de aquel retorno sobre una nueva solicitud de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo, a aplicar en el momento en que concluya la vigencia del compromiso de no regreso a territorio español.

En principio, de no haberse establecido plazo concreto de compromiso de no regreso en el correspondiente programa o si retorna al margen de programa alguno, la solicitud podrá ser presentada transcurridos tres años desde la fecha del retorno a su país de origen. Plazo que coincide con el general previsto en el Real Decreto-Ley 4/2008 y normas concordantes. De todas formas, se prevé expresamente que dicho plazo pueda ser modificado por Orden del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

También se contempla cierto control de la fecha del retorno, haciendo recaer sobre el extranjero la obligación de comparecer personalmente en la representación diplomática o consular española en el país de origen, entregando su Tarjeta de Identidad de Extranjero en vigor. Y no es difícil el encuadre del comportamiento del extranjero en la infracción grave tipificada en el art. 53.1 a) de la LO 4/2000.

Si hubiere regresado a su país de origen en base a un programa de retorno voluntario que no implique su renuncia a la situación de residencia de que fuera titular, o de no haberse acogido a ningún programa, el extranjero, a efectos de que se le aplique lo previsto en este capítulo, habrá de renunciar expresamente y por escrito a su autorización de residencia, en el momento en el que comparezca en la representación diplomática o consular española en su país de origen para acreditar su retorno (art. 120.3 Reglamento).

La representación diplomática o consular española ante la que el extranjero entregue su tarjeta y renuncie a su autorización de residencia entregará a éste un documento en el que consten ambas actuaciones y la fecha en la que se han producido.

IV. Autorización de residencia y trabajo al margen de la situación nacional de empleo

La única referencia a las autorizaciones de residencia y trabajo en las previsiones contenidas en la normativa específica reguladora del programa

de retorno voluntario ligado a la percepción de la prestación de desempleo, la encontramos en el art. 6.2 del Real Decreto 1800/2008 que establece que no podrán concederse autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo a quienes hubiesen sido beneficiarios de la modalidad de abono anticipado y acumulado de la prestación contributiva por desempleo, mientras no haya transcurrido un período de tres años desde su salida de España. Por lo tanto, a *sensu contrario*, una vez transcurrido el mencionado lapso temporal, podría solicitar de nuevo las autorizaciones comentadas. Es más, la propia norma prevé cierto trato de favor a dichos trabajadores consistente en el reconocimiento de un "derecho preferente" en orden a la incorporación al contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios aprobado por el Gobierno. Referencia que, lógicamente, debe ser ahora entendida en término de cifra de contrataciones de gestión colectiva en origen aprobada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, de conformidad con el cambio de denominación operado por la LO 2/2009.

Ahora bien, un paso importante en este sentido lo da la propia LO 2/2009 que viene a incluir en la letra l) del art. 40.1 LO 4/2000 (supuestos específicos de exención de la situación de empleo) el supuesto del extranjero que haya renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario. Asimismo, la DA 8ª de la propia Ley se encarga de regular el aspecto relativo a la financiación de las ayudas para el retorno voluntario.

Por tanto, el desarrollo reglamentario, aparte de la preferencia en relación al contingente, diseña ahora una suerte de régimen privilegiado en orden también a la concesión de las pertinentes autorizaciones de forma individualizada a través del régimen general que, yendo más allá de las previsiones legales, se extiende a extranjeros que retornan al margen de un determinado programa. Las ventajas que aporta el Reglamento al extranjero en las circunstancias descritas anteriormente, en línea con la regulación legal, descansan en la exención de la valoración de la situación nacional de empleo en los procedimientos sobre autorizaciones solicitadas por el mismo una vez concurrido el plazo de no regreso.

Téngase en cuenta que estas previsiones por sí mismas cuestionan la finalidad real de las medidas enunciadas en orden a la efectiva inserción laboral del extranjero en su países de origen¹³⁹. En este sentido, ya los

139. Sobre la difícil sintonía entre el régimen jurídico específico de la medida de retorno incentivado y las orientaciones del retorno y las migraciones circulares desde

primeros comentaristas del programa de retorno voluntario ponían el acento en la posibilidad de que volvieran a solicitar otra vez autorizaciones para trabajar en España, incluso con preferencia a otros trabajadores, aunque consideraban evidente que en esta cuestión habrían de influir decisivamente las circunstancias de cada caso, siendo previsible que si las entradas de inmigrantes siguen siendo masivas, este derecho virtual al retorno quede bastante desvirtuado¹⁴⁰.

Por su parte, en el marco de la gestión colectiva de trabajadores en origen, podrán ser presentadas ofertas de carácter nominativo a favor de los extranjeros que se hubieran acogido al programa de retorno voluntario o hubieran regresado a su país al margen de un programa en los términos descritos, siempre que hubieran renunciado a la titularidad de una autorización de residencia temporal y trabajo.

Igualmente, los órganos españoles competentes realizarán las actuaciones necesarias para que dichos extranjeros sean preseleccionados en los procedimientos desarrollados en su país de origen a los que concurran, siempre que reúnan los requisitos de capacitación y, en su caso, cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

Se prevé, asimismo, la tramitación preferente de este tipo de autorización. El plazo máximo de resolución y notificación será de cuarenta y cinco días desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para la resolución.

La situación de residencia temporal del extranjero se entenderá continuada, a los efectos de acceso a la situación de residencia de larga duración, si bien dicho cómputo no incluirá el tiempo transcurrido desde el retorno voluntario del extranjero a su país de origen o país de anterior residencia, hasta la concesión de la nueva autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo.

Por otra parte, baste ahora con señalar que el art. 3.4 RD 1800/2008, prevé la regulación de un procedimiento (teóricamente simplificado) para que el extranjero que era residente permanente en el momento en que decidió el retorno a su país de origen mantenga o "recupere" su condición si decidiese regresar a España. Y ello teniendo en cuenta que

la perspectiva del codesarrollo, vid. PÉREZ YÁÑEZ, R., "A vueltas con la gestión de los flujos migratorios...", op. cit., pp. 4 y 8.

140. DE LA VILLA DE LA SERNA, D., "Medidas de fomento de la retro-inmigración...", op. cit., p. 6.

el Real Decreto-Ley 4/2008 prevé la extinción de las autorizaciones de residencia con independencia de su carácter temporal o permanente, aun admitiendo la posibilidad de un ulterior retorno a nuestro país. A tenor de lo dispuesto en el RD 1800/2008, el beneficiario del abono acumulado de la prestación por desempleo conservará su condición de residente permanente si decide volver a España una vez transcurrido el plazo del compromiso de no retorno. Norma que no reconoce este derecho de manera automática sino condicionado al seguimiento de un procedimiento simplificado cuya regulación, no obstante, queda diferida al posterior desarrollo reglamentario. Este aspecto es regulado en el Capítulo IV (recuperación de la titularidad de una residencia de larga duración o de una residencia de larga duración-UE), a cuyo comentario nos remitimos.