

Capítulo X

Gestión colectiva de las contrataciones en origen

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

I. Consideraciones previas

Como es bien sabido, la legislación de extranjería es uno de los ámbitos que presenta una evolución normativa más tumultuosa, pues ha estado sujeta a constantes cambios de regulación desde que se aprobara la ya lejana en el tiempo Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁰⁶. Ley que ha sufrido modificaciones de gran calado que, de forma habitual, se han plasmado en nuevas normas reglamentarias que reestructuran de modo completo la materia que ahora nos ocupa. En el concreto ámbito de actuación objeto de nuestra atención, fueron especialmente significativos los movimientos reformistas representados por la Ley 14/2003²⁰⁷ y el RD 2393/2004²⁰⁸.

206. BOE de 12 de enero.

207. LO 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (BOE 21 noviembre).

208. RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de

En el momento actual, ha sido la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, cuarta reforma en menos de una década²⁰⁹, la que modificó determinados aspectos del régimen legal, que ha venido a completarse con la pertinente publicación en el BOE del 30 de abril de 2011, del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Aun cuando la Exposición de Motivos de la citada Ley expresa de forma diáfana, como se comentará en otros capítulos del trabajo, sus objetivos principales y, de manera específica, la necesidad de ajustarse a los pronunciamientos del TC en materia de derechos colectivos y al ingente número de Directivas Comunitarias aprobadas en este campo, no pasa por alto otros factores y viene a ocuparse de ámbitos bien diferenciados y, en concreto, del que vamos a abordar. En lo que ahora nos interesa, es de destacar, por un lado, que viene a afirmar (punto III) que la inmigración es una realidad que está en constante cambio, algo que obliga a adaptar su normativa reguladora si se quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean y que el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión en España y tiene tales repercusiones en el orden económico, social y cultural que exige que por parte de los poderes públicos se desarrolle una actuación decidida en diversos frentes, incluido el normativo.

Por lo tanto, los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo. De forma más patente, en el punto V de la propia Exposición de Motivos incluye entre los objetivos perseguidos por la refor-

la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 7 enero 2005).

209. BOE de 12 de diciembre. VELA DÍAZ, R., "La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la <<Ley de Extranjería>>: puntos críticos desde el prisma laboral", Trabajo y Seguridad Social, Revista CEF, nº 326, 2010, p. 10. BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.), Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009), Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.), 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.

ma el de perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo. En este sentido, es también de destacar que en el nuevo art. 2 bis se incluye entre los principios de actuación de las Administraciones Públicas en esta materia "*la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo*".

Este es, pues, el punto de partida de los cambios introducidos posteriormente por el Reglamento. Lo que queremos señalar es que, consolidando los principios que han ido caracterizando el sistema de contratación en origen desde sus inicios, lo pretendido es su perfeccionamiento, a través de la corrección de los defectos o deficiencias apreciados, sobre los que se ha llamado la atención desde los más variados foros implicados en la inmigración, así como la más precisa definición de algunos de sus perfiles. Por tanto, no hay una quiebra ni una ruptura con todo lo anterior y, en concreto, con los rasgos caracterizadores de la institución sino un movimiento de mejora y consolidación. Ello pese a utilizarse una nueva denominación desechando el ya tradicional término de contingente, para pasar a utilizar el de gestión colectiva de contrataciones en origen.

De forma bastante sintética, dos son los aspectos novedosos en que se centra la regulación legal y el pertinente desarrollo reglamentario. Por un lado, se sigue en la vía ya trazada de simplificación del sistema, en aras a lo cual supuso un cambio de gran calado el permitir la gestión colectiva de la tramitación de las autorizaciones en el marco del contingente, que ahora no hace más que utilizarse. Así, a tenor del art. 39 LO 4/2000 el procedimiento de concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes. Por otro, cobra una nueva y especial incidencia el papel de las CCAA, en la línea ya iniciada por el RD 1162/2009, de 10 de julio, habida cuenta la transferencia de competencias propias del ámbito que nos ocupa operada en los últimos tiempos a favor de determinadas Comunidades. Ello lleva a incluir una referencia a la actuación coordinada con las CCAA competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial. En esta misma dirección se añade

una nueva DA 9ª en la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que viene a establecer que en el marco de los procedimientos de contratación colectiva en origen, las comunidades autónomas con competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo podrán establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida para los trabajadores extranjeros y sus familias.

II. Origen y evolución del sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen

Es preciso remontarse a la proposición no de Ley aprobada en el congreso el 9 de abril de 1991, relativa a la situación de los extranjeros en España, para encontrar la primera referencia a la posibilidad de poner en marcha la fórmula de cupo o contingente de trabajadores extranjeros, a fin de actuar sobre la canalización y organización de los flujos migratorios, en atención a las necesidades de mano de obra de nuestro mercado de trabajo. Poco tiempo después, en el año 1993 se procedió a la aprobación del primer contingente.

Con posterioridad y salvo contadas excepciones hemos asistido a la aprobación de sucesivos contingentes anuales, fijándose además del número máximo de autorizaciones las actividades reservadas a los extranjeros.

No será hasta el año 1996 cuando se produzca por primera vez la incorporación de este instrumento a una norma de extranjería, en concreto, al art. 70 RD 155/1996, de 2 de febrero²¹⁰.

Con la LO 4/2000 asistimos al otorgamiento de la oportuna cobertura legal del sistema, que se ha ido perfilando y dotando de mayor detalle, algo plasmado en el creciente número de artículos dedicados a la materia en los sucesivos Reglamentos de extranjería posteriores.

No obstante, hay que tener en cuenta que, pese a los continuos cambios legales, el régimen concreto de contrataciones (o contingente) anual, depende en gran medida del acuerdo (actualmente Orden ministerial) que lo aprueba con carácter anual, que determina el número de las contrataciones y los sectores productivos para los que van destinadas. Baste

210. BOE de 23 de febrero.

ahora con poner de manifiesto, afirmaciones que se matizarán *infra*, que los cupos que se han venido aprobando suelen venir caracterizados, en primer lugar, por su falta de realismo, algo que puede constatarse, como se ha señalado, con una simple comparación entre la cifra del cupo prevista para cualquier anualidad y el número de extranjeros que, por muy diversos cauces, entra en nuestro país²¹¹. Además, seguramente debido a las propias dificultades y complejidad del procedimiento para la fijación del contingente, se han venido apreciando discrepancias entre el contingente aprobado y el solicitado²¹² e, incluso, la no aprobación de contingentes en algunas provincias, algo que ha llegado a una situación extrema en la presente anualidad. Por eso en buena medida los esfuerzos legales han ido encaminados a lograr un mejor ajuste entre el contingente finalmente aprobado y las necesidades efectivas²¹³. Ahora bien, tampoco cabe ignorar que, en algunos casos, el desajuste puede venir provocado por la inexistencia de ofertas concretas por parte de los empresarios, aspecto que debe llevar a reflexionar sobre el porqué de ese desinterés empresarial por el sistema de contingentes. Seguramente, y pese a los sucesivos cambios legales y los intentos de agilización y simplificación realizados progresivamente desde el Reglamento del año 2004 y en los sucesivos cupos anuales, se sigue manteniendo una visión del procedimiento de

211. En este sentido, se afirmó que "Mientras que el contingente de trabajadores extranjeros previsto para el 2003 apenas ascendía a 30.000 personas, se calcula que ese año entraron en el país 600.000 inmigrantes". Consideran que el cupo debe ser lo suficientemente amplio como para dar cabida a la mano de obra extranjera que ahora sólo puede acceder al empleo regular tras un período más o menos largo de irregularidad normalmente a través de la fórmula del arraigo. vid. "Los expertos proponen eliminar la contratación de extranjeros en sus países", en <http://www.laverdad.es/alicante>, Jueves, 13 enero 2005. Nótese la diferencia con las cifras actuales que son simplemente anecdóticas.

212. En esta línea, también VALDUEZA BLANCO, M.D.: "Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros", Temas Laborales nº 73/2003, p. 142 ponía de manifiesto que el diseño actual del contingente sigue sin incorporar medidas eficaces frente a la significativa desconexión entre las necesidades reales de los empresarios y las ofertas de empleos que se recogen en el contingente. Afirmación que seguramente no se puede mantener a la vista de la escasez de ofertas en los momentos actuales.

213. Ideas plasmadas en el Dictamen del Consejo Económico y Social (CES) sobre el Proyecto de Reglamento, aprobado por el Pleno Ordinario de 24 de noviembre de 2004.

gestión de las ofertas como excesivamente largo, rígido y complicado²¹⁴. Y en esta dirección apunta también el nuevo Reglamento que persigue que la gestión de las contrataciones en origen resulte un trámite más ágil, menos burocrático y más eficaz.

Otra vez asistimos a nuevos intentos de dotar de cierta flexibilidad al sistema consolidando el carácter provisional de la cifra aprobada, la posibilidad de modificación o reasignación e, incluso, la prórroga de la cifra no consumida.

La remisión a los países con los que se mantengan acuerdos para seleccionar a los inmigrantes que van a ser objeto de las ofertas de trabajo en sus lugares de origen sigue planteando los mismos problemas que en regulaciones anteriores²¹⁵.

Otro ámbito en el que se actúa vuelve a ser el de la marcada línea de demarcación entre el régimen especial de trabajadores de temporada y el propio del sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen que, al menos sobre el papel, iría principalmente encaminado a contrataciones o empleos con "vocación de estabilidad" y ello, por un lado, para evitar que el contingente sirva, como ha ocurrido en otras épocas, para dar cobertura a la inmigración laboral temporal y, por otro, para evitar las continuas confusiones que en este ámbito se venía produciendo²¹⁶.

214. vid. Dictamen del CES sobre el Proyecto de Reglamento.

215. Sobre esta relevante temática en la que no vamos a entrar por motivos evidentes de tiempo y espacio puede verse ALVAREZ DEL CUVILLO, A.: "La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros", Revista de Derecho Social nº 23 (2003), pp. 117 ss. No obstante, una visión menos crítica mantiene ROJO TORRECILLA, E., "Art. 78. Contenido del contingente", en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) y ROJAS RIVERO, G.P. (Coord.), Comentarios al Reglamento de Extranjería, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 488 que considera, por una parte, que se trata de Estados con particularidades específicas que pueden justificar la firma del acuerdo y, por otra, que habría que esperar a ver si el carácter preferente que se predica de la utilización de la figura del contingente con determinados países acaba convirtiéndose o no en excluyente de la contratación de ciudadanos de otros Estados. También para CAMAS RODAS, F., "Artículo 80. Procedimiento", en la misma obra colectiva, p. 497, no existe obstáculo jurídico para contratar trabajadores de países con los que no exista acuerdo, siempre que se asegure la máxima garantía de transparencia, al igual que la garantizan los acuerdos.

216. CHARRO BAENA, P.: "Comentario al artículo 39", en AA.VV. (CAMPO CABAL, J.M.): Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000), Civitas, Madrid, 2001, p. 286.

III. Principales novedades introducidas en los nuevos textos normativos: Ley 2/2009 y novísimo Reglamento de Extranjería

A. Aspectos novedosos de la Ley 2/2009

Antes de entrar a analizar los principales cambios operados tras la reforma de la LO 4/2000 y las posteriores modificaciones previstas en el novísimo Reglamento de Extranjería, es preciso resaltar que nos hallamos ante una institución que, desde sus orígenes, esbozados *supra*, se halla en constante movimiento, de forma que ha sido objeto de una evolución legislativa incesante encaminada fundamentalmente al perfeccionamiento permanente del sistema, en atención a las disfunciones y deficiencias detectadas. Como vimos, si muchas de estas innovaciones van surgiendo en la propia aplicación del contingente o en las provisiones aprobadas anualmente, no se desaprovecha ninguna ocasión para trasladarlas al correspondiente texto legal o reglamentario. Estamos ahora ya ante una fórmula plenamente consolidada, que viene perfilada como prioritaria en el régimen legal. No obstante lo anterior, es fácil compartir la opinión que sostiene que en la práctica no es la modalidad de entrada de mano extranjera más utilizada ni consigue erigirse como fórmula más idónea de canalización de los flujos migratorios, siendo más usual la tramitación individual de ofertas nominativas²¹⁷.

Centrándonos ya en el art. 39 de la LO 4/2000, cabe apreciar en primer lugar una reducción del número de apartados que contiene el precepto legal que pasa de seis a tres. Seguramente el cambio más apreciable en la nueva redacción atañe, aparte del que afecta a la propia denominación, al órgano encargado de la primera fase del sistema que ahora nos ocupa, esto es, la valoración de la situación nacional de empleo a fin de efectuar la previsión de las ocupaciones y/o empleos a cubrir en un año por trabajadores inmigrantes, que queda ahora en manos del Ministerio de Trabajo e Inmigración (antes correspondía al Gobierno) y, consiguientemente, vendrá plasmado en una Orden Ministerial (frente al precedente Acuerdo), que será la que marque el devenir concreto de la gestión de las contrataciones en origen para cada anualidad.

217. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., "La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.), Los derechos de los extranjeros en España, op. cit., p. 691.

Sobre todo si tenemos en cuenta que la regulación legal se caracteriza por su parquedad a la hora de referirse a la elaboración de la previsión propiamente dicha. Se elimina el informe del Consejo Superior de Política de Inmigración, órgano que desaparece en la regulación legal, pero que, de conformidad con el contenido del art. 68 LO 4/2000, viene sustituido por la llamada Conferencia Sectorial de Inmigración.

Se reduce bastante la regulación atinente a los visados para la búsqueda de empleo, que queda prácticamente restringida a la mención de la posibilidad de su previsión anual, sin hacer referencia a aspectos como su duración o a la salida del extranjero del territorio nacional, que quedan para el pertinente texto reglamentario. Si bien este aspecto no quedaba tampoco del todo perfilado con la regulación precedente, parecen quedar los visados definitivamente circunscritos a dos tipos: los visados para nietos o hijos de español de origen o los visados para determinadas ocupaciones.

Por otro lado, también ha desaparecido cualquier referencia a las ofertas nominativas contenida en la anterior redacción legal. Aun cuando esta omisión pudiera suscitar las pertinentes dudas sobre su desaparición, las mismas se incluían en el contingente 2010 aprobado por Orden TIN/3498/2009 y figuran ahora de nuevo en el texto reglamentario recién aprobado.

Es preciso reseñar que insiste el art. 39.2 LO 4/2000, en aras a la simplificación y agilización de la pertinente concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo, en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países.

Destacar también que la nueva transferencia de competencias de ejecución en este ámbito a algunas CCAA con la consiguiente intervención de las mismas en la concesión de las pertinentes autorizaciones, obliga a centrar la atención en la necesaria coordinación entre dichas administraciones y la central del Estado. De forma que el art. 39.2 LO 4/2000 insiste en la necesidad de que en la gestión de las autorizaciones se actúe coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial.

Otra novedad a resaltar sería la relativa a la concesión de la pertinente autorización de residencia y trabajo que antes no figuraba en el propio texto legal y que quedaba diseñada en el texto reglamentario.

B. Cambios tras el novísimo Reglamento de Extranjería

En el nuevo Reglamento, como aconteció en el anterior, vuelve a incrementarse el número de preceptos dedicados a esta cuestión, que ya alcanza la nada despreciable cifra de once, en un imparable empeño de mejorar la regulación legal y de clarificar los aspectos relativos a esta compleja materia. Evidentemente esta atención normativa choca con la realidad de la cifra aprobada para el año 2011²¹⁸ para la gestión colectiva de contrataciones en origen, que alcanza la meramente simbólica de 14, afecta a una única CCAA (Castilla y León) y exclusivamente a una ocupación altamente cualificada como sería la de médico, siguiendo la estela marcada por la Orden del año anterior. Este número casi testimonial viene justificado por las escasas propuestas formuladas por las CCAA y por la situación nacional de empleo. Téngase en cuenta que ya en relación con la cifra prevista para el año anterior (168) que se había reducido casi a la cuarta parte y que quedaba también ceñida a trabajadores altamente cualificados (médicos especialistas e ingenieros) se había cuestionado si, en puridad, era realmente necesario que se dictara la norma cuando tales contrataciones podían ser cubiertas por el régimen general²¹⁹. Afirmación que cobra, si cabe, más sentido, partiendo de las previsiones para el presente año. No obstante, tampoco cabe perder de vista que la cifra es provisional y que es posible tanto reasignar como modificar el cupo asignado, a tenor de lo dispuesto en el art. 20 de la Orden, que permite tanto aumentar como disminuir el número de ofertas que, además, podrían venir referidas tanto a la misma ocupación

218. Orden TIN/3364/2010, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2011 (BOE 30 de diciembre). Un análisis de la experiencia del contingente en nuestro país desde la entrada en vigor de la LO 4/2000 puede verse en CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., "La gestión colectiva de contrataciones en origen. La protección y defensa de la inmigración necesaria: sentido y alcance de una inmigración económico-laboral ordenada", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.), *Los derechos de los extranjeros en España*, op. cit., en especial pp. 215 ss.

219. VELA DÍAZ, R., "La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre...", op. cit., p. 14. Puede verse SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.; "La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010", *Aranzadi Social* nº 22, 2010, BIB 2010/366.

y ámbito territorial como a otros distintos y que, además, no existe un número limitado para las contrataciones de carácter temporal.

Es preciso también tener en consideración que, frente a algunas de las reformas más contestadas de la LO 4/2000, en este caso la norma reglamentaria aparece avalada por el diálogo social. De esta forma, el Reglamento en su Preámbulo se encarga de señalar que más allá de los canales institucionales de participación, se ha hecho un esfuerzo notable para conseguir un acuerdo global con los agentes sociales en el ámbito de la Mesa del Diálogo Social, así como para tener en cuenta las aportaciones presentadas por las organizaciones con mayor implantación en el ámbito de extranjería. Este proceso de diálogo y consenso ha supuesto un grado de participación importante que tiene su reflejo en el propio texto.

Al decir del propio texto reglamentario, la consideración de la situación nacional de empleo también se ha tenido en cuenta en la regulación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada y en la gestión colectiva de contrataciones en origen, donde se han introducido mecanismos que pretenden evitar la sustitución de mano de obra que ya existe en el mercado laboral. Además, el nuevo Reglamento busca la ordenación de los flujos migratorios laborales y la promoción de la cultura de la regularidad, junto con otros principios como el fomento de la integración y la igualdad de derechos y deberes, fortaleciendo la integración y la cohesión social.

Como novedad destacable podríamos apreciar que el art. 167 del Reglamento prevé la posibilidad de que, transcurrido el año respecto al que se establezca la cifra, si el número de contrataciones en origen resultase inferior a las inicialmente previstas, podría el Ministerio de Trabajo e Inmigración, previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, prorrogar la vigencia de la cifra que reste.

Mientras antes se hacía referencia exclusivamente a las solicitudes de las organizaciones empresariales y sindicales realizadas a las CCAA, se añade ahora un trámite de consulta con las más representativas. Se hace especial hincapié en la consulta previa a la Comisión Laboral Tripartita, a la que, señala ahora el Reglamento en el art. 168.2, con periodicidad trimestral, le serán remitidos datos estadísticos sobre las autorizaciones solicitadas y concedidas, así como las solicitudes y concesiones de visados

de búsqueda de empleo y las autorizaciones derivadas de éstos, en base a la Orden ministerial de gestión colectiva de contrataciones en origen.

A lo largo del texto, lógicamente, encontramos las pertinentes modificaciones que responden a la necesaria coherencia con el nuevo órgano encargado de la aprobación y con el instrumento (Orden Ministerial) en el que éste se plasma.

En la regulación del contenido de la norma sobre gestión colectiva se echa en falta, por una parte, la mención expresa al año natural y se aprecia un cambio bastante restrictivo en relación con los visados para búsqueda de empleo que antes venían referidos a determinados sectores de actividad, quedando ahora circunscritos a determinadas ocupaciones.

Por su parte, es un dato a resaltar que, en relación con la contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio, no resulta necesario fijar una cifra concreta de puestos de trabajo a cubrir ni una delimitación de ocupaciones laborales. Precisión que puede chocar con los pretendidos objetivos de que no se convierta en una vía para la contratación no estable. Además, se especifica que las particularidades para este tipo de contratación podrán ser establecidas, previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, por Orden del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración específicamente aprobada a dichos efectos, en caso de que, a raíz de las propuestas de las Comunidades Autónomas y en atención a la situación nacional de empleo, se determine la no procedencia de establecer una cifra de contrataciones estables para una determinada anualidad, situación a la que estamos ya bastante próximos. Es en esta parcela, precisamente, en especial en relación con las particularidades que presenta el procedimiento de contratación de trabajadores para ofertas de trabajo temporal, donde la Orden TIN/3364/2010 establece las principales modificaciones con el objetivo de lograr una mayor simplificación y agilización del procedimiento de gestión colectiva de contrataciones en origen.

En los procesos de selección, y seguramente para intentar paliar las principales deficiencias del sistema y, en particular, la falta de confianza del empresariado, se incluye una mención expresa a la posibilidad de que participen, en calidad de asesores y cuando las Administraciones de ambos países lo soliciten, representantes de organizaciones sindicales más representativas y empresariales españolas y/o del país en el que se desarrolle el proceso de selección. Asimismo, se establece la obligación

de la Dirección General de Inmigración de presentar a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, con periodicidad trimestral, un informe relativo al desarrollo de los procesos de selección de trabajadores en origen realizados durante el correspondiente período.

Asimismo, se introduce un nuevo trámite consistente en el traslado de información a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (art. 170.5).

En concordancia con el renovado papel asumido por las CCAA y la necesidad de coordinación entre Administraciones, se introduce un nuevo precepto reglamentario dedicado a la regulación del procedimiento en caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena a alguna CCAA (art. 171).

En orden a la mejora y clarificación del proceso de obtención de los pertinentes visados de residencia y trabajo se detalla en el propio articulado reglamentario, mientras antes quedaba diferido al pertinente acuerdo anual, la documentación que debe presentarse en la Oficina Consular a los mencionados efectos. Asimismo, se regula con mayor detalle el tema de la acreditación del representante para solicitar el visado, cuando sea distinto del representante legal de la empresa y organización empresarial, que se efectuará por designación de éste en la Oficina de Extranjería, en la Dirección General de Inmigración o, en su caso, en el órgano competente de la Comunidad Autónoma, así como en la Consejería o Sección de Trabajo e Inmigración de la Misión Diplomática de que se trate o, en su defecto, en la Oficina Consular. Se establece también un plazo máximo de cinco días, ampliable excepcionalmente a 15, para la emisión del visado, mientras antes no existía una previsión reglamentaria en este punto.

Los visados tendrán una vigencia máxima de seis meses y habilitarán para la entrada en España (art. 172.3).

Cabe destacar como novedad la fijación de un plazo de tres meses desde la entrada del trabajador extranjero en territorio español, para que se produzca su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos en la normativa sobre el régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación²²⁰; el trabajador podrá comenzar su actividad

220. In extenso sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La <<nueva>> vinculación con el alta del trabajador en al Seguridad Social y las consecuencias derivadas de la falta de alta del

laboral; y el empleador quedará obligado a comunicar el contenido del contrato de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo (art. 173.1).

Seguramente ha incurrido en un olvido o una omisión involuntaria el Reglamento cuando regula la retirada de la Tarjeta de Identidad de Extranjero por el propio extranjero y omite cualquier referencia a la posibilidad de que no pudiera retirarla por motivos excepcionales (art. 173.2). Previsión que, sin embargo, sí encontramos en relación con los visados de búsqueda de empleo en el apartado 8 del art. 177 del Reglamento, a tenor del cual la tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización de residencia temporal y será retirada, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan, personalmente por el extranjero. En el caso de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para obra o servicio cuya vigencia sea igual o inferior a seis meses, los trabajadores estarán exceptuados de la obligación de obtener dicha tarjeta (art. 173.3).

La solicitud de visados de residencia y trabajo de temporada aparece regulada con un mayor grado de detalle que en la normativa anterior, seguramente debido a la certeza de que va a cobrar una importancia creciente paralela a la disminución de plazas para ocupaciones estables.

En el caso de los visados para la búsqueda de empleo, en consonancia con lo comentado anteriormente, se introduce también la pertinente referencia a la tramitación en casos de CCAA que tengan transferidas competencias ejecutivas sobre tramitación y resolución de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena. En tal supuesto, la Orden ministerial por la que se apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen establecerá la intervención de las autoridades de la Comunidad Autónoma referidas a la recepción de solicitudes de autorización de residencia y trabajo, admisión a trámite y verificación de los requisitos laborales (art. 175.3). Consideración que puede hacerse extensible a lo preceptuado en el apdo 6 del artículo 177 del Reglamento.

Asimismo, baste ahora con reseñar que el art. 176 del Reglamento, dedicado a la regulación de los visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, aunque viene a decir más o menos lo mismo que el correspondiente precepto del derogado Reglamento de Extranjería, hace gala de una notable defectuosa técnica

trabajador", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.), Los derechos de los extranjeros en España..., op. cit., pp. 583 ss.

jurídica, y de una muy poco cuidadosa redacción. Son dos las cuestiones que regula el artículo y que coinciden, en esencia, con la versión anterior: que este tipo de visado está exento de la valoración de la situación nacional de empleo y que la selección de los destinatarios y las solicitudes se regularán por la correspondiente Orden que apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen.

Tal y como hemos apuntado, también en relación con los visados para búsqueda de empleo hay una limitación importante de su ámbito objetivo de aplicación en tanto se sustituye la referencia a un sector por la de una ocupación, lo que deja patente el ánimo restrictivo en relación con su utilización. Se echa en falta el contenido del antiguo artículo 83.2 que hacía referencia a que en cada país, el organismo de selección previsto en el acuerdo de regulación de flujos correspondiente realizará la selección de los extranjeros entre quienes acrediten cumplir con los requisitos y cualificaciones profesionales que se determinen en función de los sectores de actividad. En la concesión inicial y las sucesivas renovaciones de estos últimos visados de búsqueda de empleo (para un ámbito territorial y una ocupación), se hace ahora especial referencia a que se estará a lo dispuesto en los artículos que establecen las condiciones para la concesión de la autorización de residencia y trabajo que proceda y su renovación (art. 177.2).

IV. Caracterización y objetivos del sistema gestión colectiva de contrataciones en origen

Tras exponer las principales innovaciones del novísimo Reglamento de Extranjería cabe afirmar que se preservan los aspectos primordiales de la anterior regulación legal, siendo los cambios más bien puntuales y concordantes con otras modificaciones legales. Sentado lo anterior, parece conveniente trazar, siquiera someramente, las líneas maestras del sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen que se mantienen y que se han ido consolidando a lo largo de la evolución esbozada con anterioridad.

El sistema que ahora nos ocupa se incardina dentro de un planteamiento ya asentado en nuestra legislación de extranjería en materia de acceso al empleo, inalterado pese a los sucesivos cambios legales y sobre el que gira toda la regulación legal, que es el relativo a la necesaria autorización administrativa movida por el tan reiterado objetivo de pro-

tección de la mano de obra nacional. Trato desigual del extranjero que no es contrario, como ya señalara en su día el Tribunal Constitucional, a nuestra Carta Magna²²¹.

Pues bien, el sistema que ahora nos ocupa, tradicionalmente denominado de contingente o cupo de trabajadores extranjeros o, en la nueva denominación legal, de gestión colectiva de contrataciones en origen, consiste en la previsión anual del número de puestos de trabajo que al no poder ser cubiertos previsiblemente por la mano de obra nacional, se ofertan a trabajadores extranjeros a quienes se les propone un contrato de trabajo en origen y la concesión automática de las correspondientes autorizaciones, fórmula que se presenta como prioritaria. Frente a la misma²²² encontramos el llamado régimen general (de autorización individualizada en función de la situación nacional de empleo) que en el planteamiento legal pretende ocupar desde el año 2000 un lugar más bien residual²²³, datos que la práctica viene a poner en entredicho.

221. Entre otros, vid. SERRANO ARGÜESO, M.: "Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento sobre extranjería", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 111, 2002, p. 380.

222. Duplicidad de sistemas que puede verse, por ejemplo, en el Acuerdo por el que se aprueba el Contingente para el año 2004. Vid. Resolución de 29 de diciembre de 2003 de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004 (BOE 31 diciembre) que expresamente afirma que "El mecanismo del contingente puede permitir, previo análisis de la situación nacional de empleo, la contratación de los trabajadores en sus lugares de origen, en términos de legalidad y con todas las garantías, sin perjuicio de que existan otras vías para documentar con permisos de trabajo a los extranjeros residentes legales en España o en el extranjero o que se hallen en España en los supuestos previstos en el citado Reglamento". Vid. así mismo la Resolución de 2 de enero de 2004, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004.

223. Sin embargo, el Consejo Económico y Social en el Informe 2/2004 sobre "Inmigración y mercado de trabajo en España", citado por el Dictamen del propio Consejo sobre el Proyecto de Reglamento de Extranjería señalaba que "no se pueden depositar en el contingente todas las expectativas de racionalización del acceso de los extranjeros al trabajo en España, por cuanto la mayor parte de las autorizaciones para el trabajo se conceden a través del régimen general y no de esta vía".

Hasta tal punto se pretende que el sistema sea preferente que no han faltado intentos de negar la posibilidad de acceso al mercado de trabajo español al margen del contingente, como aconteció en el Acuerdo aprobado para el año 2002. Decisión, no obstante, anulada por el Tribunal Supremo, que descarta su consideración de vía de acceso única o excluyente²²⁴. Lo que resulta evidente es que, en todo caso, sea por uno u otro camino, el extranjero tiene que venir autorizado para trabajar, en ambos supuestos en función de la situación nacional de empleo, que es valorada *a priori* por el Ministerio de Trabajo e Inmigración en el sistema de contingente y en el momento de presentación de la solicitud de permiso ante la Administración en el sistema general²²⁵, objetivada ahora a través de la sucesiva aprobación de los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura.

A. Definición y objetivos

Desde sus orígenes se ha venido definiendo el sistema de cupos o de gestión colectiva de contrataciones en origen como un procedimiento específico y simplificado, que tiene como finalidad la cobertura, de manera ágil y eficaz, de ofertas de trabajo no atendidas por el mercado nacional de empleo. Esto es, se pretende dar cobertura a determinadas ocupaciones que, por diversas razones, y pese a la existencia de elevadas cotas de desempleo, no resultan cubiertas con la mano de obra nacional²²⁶. A pesar

224. De esta forma, en la STS (Contencioso administrativo) 6 abril 2004 (RJ 3382) declara la nulidad del apartado noveno punto 3 del mencionado acuerdo sobre contingentes en tanto que entiende que "hace prácticamente inaplicable la modalidad general que resulta del régimen establecido por el Reglamento y, particularmente, excluye de la misma, en contra de lo previsto en el expresado precepto, los supuestos de ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera y no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en él, o porque se haya agotado el contingente establecido para el correspondiente sector y ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia" (FJ 10^a). Pueden verse, asimismo, los siguientes pronunciamientos judiciales en los que el mismo Tribunal ha tenido que ocuparse de esta complicada materia: SSTS 6 abril 2004 (RJ 3441 y 3288) y 12 abril 2004 (RJ 3361 y 3362).

225. En la misma línea, CHARRO BAENA, P.: "Comentario al artículo 39", op. cit., p. 293.

226. En especial por tratarse de sectores o actividades con baja remuneración y caracterizados por exigir grandes esfuerzos en su realización, vid. GIL PÉREZ, M.E.:

de aquella afirmación y aunque el propio Ministerio de Trabajo ha venido abanderando su carácter "simplificado", su proceso de elaboración se ha caracterizado por unas elevadas dosis de complejidad y por dar cabida en su seno a diversas instancias, aun cuando a partir del anterior Reglamento de Extranjería asistimos a un serio intento de caminar hacia una mayor agilidad y simplicidad.

Aspecto definitorio y central del sistema sería la búsqueda del logro de una llegada gradual de inmigrantes, organizando los flujos de inmigración en función de las necesidades de mano de obra existentes²²⁷, cubriéndose con ello dos necesidades: atender determinadas demandas de empleo no satisfechas en el mercado nacional y canalizar los flujos migratorios evitando que se produzcan por cauces irregulares²²⁸. Aspectos que se plasman de modo diáfano en la formulación legal que, en particular desde el año 2000 hace especial hincapié en que sus destinatarios no pueden ser residentes ni hallarse en España²²⁹. Con ello nos situamos cada vez más lejos de la práctica consagrada en los momentos iniciales en los que el contingente desempeñó el papel de procedimiento anual (encubierto) de regularización de extranjeros "irregulares" ya presentes en nuestro país²³⁰.

"Contingente de trabajadores extranjeros y regímenes especiales tras la reforma legal y reglamentaria de la normativa de extranjería", en AA.VV.: Derechos y Libertades de los extranjeros en España, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo II, AEDTSS y Gobierno de Cantabria, 2003, p. 754.

227. Con el contingente se busca el equilibrio entre flujos de inmigración que son inevitables y las situaciones de explotación que se pueden producir, garantizando al inmigrante una situación jurídica y social que le coloque en igualdad de oportunidades con el resto de ciudadanos ante su vulnerabilidad, vid. SALCEDO BELTRÁN, M.C.: "El régimen jurídico de los contingentes en España", en II Jornadas andaluzas de Relaciones Laborales (Inmigración y Relaciones Laborales); EURL, Granada, 1999 (ejemplar multicopiado).

228. Vid. igualmente SERRANO ARGÜESO, M.: "Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería...", op. cit., p. 392.

229. Así lo pone de manifiesto también GIL PÉREZ, M.E.: "Contingente de trabajadores extranjeros...", op. cit., p. 754.

230. Por todos, CHARRO BAENA, P.: "Comentario al artículo 39", op. cit., p. 284; PUERTA VÍLCHER, J.M.: "El contingente de trabajadores extranjeros", en AA.VV. (MOYA ESCUDERO, M., Coord.): Comentario sistemático a la Ley de Extranjería, Comares, Granada, 2001, p. 386.

B. Notas características

El sistema, ya consolidado, viene caracterizándose por una serie de notas que se mantienen tras la aprobación del nuevo Reglamento de Extranjería (art. 39 L.O 4/2000 y arts. 167-177 Reglamento).

1. *Carácter anual*

En principio, la aprobación del contingente va a producirse con carácter anual, siempre y cuando exista necesidad de mano de obra no cubierta, en atención a la situación nacional de empleo. Como hemos apuntado, una de las novedades que cabe apreciar en la regulación legal, que complementa su carácter revisable previsto ya con anterioridad, es la posibilidad de prorrogar la vigencia de la cifra restante si las contrataciones en origen resultasen inferiores a las inicialmente previstas (art. 167.1.2º)

2. *Aprobación por el Ministerio de Trabajo e Inmigración*

Queda ahora en manos del Ministerio de Trabajo la aprobación de la Orden en la que se prevean las ocupaciones y, en su caso, la cifra de puestos de trabajo a cubrir por este sistema. Esta fase de elaboración, antes competencia del Gobierno, ha venido caracterizada por su complejidad. No obstante, a partir del año 2004 se produce un serio intento de avanzar hacia una mayor simplificación, con una regulación dotada de mayor claridad y racionalidad.

De forma sintética, de conformidad con los dictados del actual artículo 168 del Reglamento (antiguo art. 79), la previsión anual de gestión colectiva de contrataciones en origen se elabora siguiendo los pasos que se enumeran a continuación:

- a) La propuesta de previsión anual de puestos de trabajo es elaborada por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, órgano de participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal, teniendo en cuenta lo siguiente:
 - la información sobre la situación nacional de empleo suministrada por el Servicio Público de Empleo Estatal,
 - las propuestas que, previa consulta de las organizaciones sindicales más representativas y empresariales en su ámbito corres-

pondiente, sean realizadas por las CCAA. Dichas propuestas se realizarán tras haber recibido las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial y las consideraciones que les hubieran hecho llegar las organizaciones sindicales más representativas de idéntico ámbito. Previsión que aparecía ya, con ligeros matices (así esta última referencia a las consideraciones de las organizaciones sindicales), en la regulación anterior y que podía enmarcarse en la línea de tendencia seguida en la LO 8/2000, de dar cierto protagonismo a las CCAA en materia de extranjería e inmigración.

En relación con la consulta a la Comisión Laboral Tripartita, a ésta le serán remitidos con periodicidad trimestral los datos estadísticos sobre las autorizaciones solicitadas y concedidas, así como las solicitudes y concesiones de visados de búsqueda de empleo y las autorizaciones derivadas de éstos, en base a la Orden Ministerial de gestión colectiva de contrataciones en origen.

Desaparece, sin embargo, el Informe del Consejo Superior de Política de Inmigración sobre la situación nacional de empleo e integración social de los inmigrantes, en coherencia con la supresión de este órgano en la redacción dada por la LO 2/2009 al artículo 68 de la LO 4/2000, que viene a crear la Conferencia Sectorial de Inmigración.

- b) La propuesta así elaborada, será presentada por la mencionada Secretaría de Estado ante la Comisión Interministerial de Extranjería para que informe sobre la procedencia de aprobar la Orden.

3. *Destinado para trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España*

Rasgo en el que han ido insistiendo las sucesivas normas legales a raíz de su plasmación en la redacción del precepto legal por la LO 8/2000, encaminada a desterrar posibles equívocos derivados de la mención previa a “no residentes” que bien podría entenderse también referida a extranjeros que se hallaran en España sin regularizar²³¹. De esta forma, se deja patente constancia de que el contingente no es una fórmula

231. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AA.VV., *Derechos y Libertades ...*, op. cit., p. 50.

de regularización de extranjeros²³², aunque en determinados momentos haya servido a tales fines.

4. *Contenido predeterminado legalmente*

Aun cuando la aprobación de la norma sobre gestión colectiva corresponde, como acabamos de señalar, al Ministerio de Trabajo e Inmigración, no se deja en sus manos la determinación de su contenido. Al decir del artículo 169 del Reglamento, la Orden Ministerial por la que se apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen comprenderá la cifra provisional de los puestos de trabajo de carácter estable que pueden ser cubiertos por este procedimiento.

En las sucesivas regulaciones reglamentarias hemos asistido a una regulación más exhaustiva de este concreto aspecto, incluyendo, aparte de la cifra provisional de las ofertas de empleo estables, los visados para la búsqueda de empleo, las particularidades en la contratación de trabajadores de temporada, respecto a la cual ahora se especifica que no resulta preciso establecer una cifra de puestos a cubrir ni una delimitación de ocupaciones, así como la posibilidad de revisión del número de ofertas o su distribución, para adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo (art. 169.4).

5. *Tramitación particularizada de los requisitos de la contratación en el marco del sistema de gestión colectiva*

Si bien en un primer momento se había previsto que esta tramitación se ajustara a las normas generales, a excepción de la gestión de las ofertas de empleo por los Servicios Públicos de Empleo y determinadas particularidades introducidas por el Gobierno, a partir del Reglamento del año 2004 se introduce cierta simplificación de la solicitud y concesión de las autorizaciones y el pertinente visado. Vía que es consolidada en el Reglamento recién aprobado cuya intención es la simplificación

232. Preocupación que también es latente en el nuevo Reglamento que afirma que “a lo largo de toda la regulación se aumentan las prevenciones para evitar que los instrumentos legales se utilicen en fraude de ley, de manera que los procedimientos destinados a la canalización de la inmigración legal, como el régimen de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena o el contingente no puedan ser utilizados como mecanismo de regularización encubierta de personas que se hallan en España en situación irregular”. En la misma línea también ROJO TORRECILLA, E., “Art. 77. Contingente de trabajadores extranjeros”, en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) y ROJAS RIVERO, G.P. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, op. cit., p. 482.

de la tramitación de las autorizaciones a fin de agilizar y hacer más eficaz su puesta en práctica.

Es preciso resaltar que la nueva norma reglamentaria sigue la dirección trazada por la regulación anterior en la que algunos de los aspectos que tradicionalmente quedaban al albur de la regulación concreta que hiciera el Gobierno (ahora el Ministerio) en el momento de aprobar la cifra anual de contrataciones en origen, vienen plasmadas en el texto del propio Reglamento.

De esta forma se da un mayor grado de seguridad jurídica tanto a los empresarios como a los trabajadores que deseen poder tener acceso a la contratación laboral por esta vía.

6. *Prioridad de las ofertas de tipo genérico*

En el sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen se da prioridad, como no podía ser de otra manera, a las ofertas de tipo genérico. De esta forma, es tradicional que las dotaciones anuales de cupos para contratación colectiva de contrataciones en origen contengan fórmulas del tipo de que el contingente “permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios ...”.

No obstante lo anterior, y aunque ha desaparecido la referencia legal contenida en el propio art. 39.6 LO 4/2000²³³ con anterioridad a la reforma, el art. 167.3 del Reglamento sí sigue contemplando la posibilidad de que se establezcan los supuestos en los que será posible tramitar ofertas nominativas. Suelen ser los pertinentes acuerdos u órdenes anuales los que prevén las ofertas nominativas, normalmente de forma restrictiva. En esa línea se mueven los arts. 14 ss de la Orden TIN/3364/2010.

La tramitación de estas ofertas nominativas se hace a través de un modelo específico y con la aportación de la documentación prevista en el propio texto reglamentario. En su caso, la autorización se concede para una ocupación y ámbito geográfico determinado.

233. Ofertas que, para un sector doctrina, resultan cuanto menos llamativas en un sistema de gestión colectiva de las ofertas de empleo, vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.; “La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen...”, op. cit., p. 10.

V. Aspectos puntuales en relación con el proceso de selección-formación y la tramitación de las pertinentes autorizaciones

A. Selección y formación del trabajador que va a ser contratado en origen

Este aspecto que, seguramente, es uno de los que mayor desconfianza ha provocado en los empresarios a la hora de gestionar sus ofertas de empleo a través de esta vía, fue objeto de especial atención a partir del Reglamento de Extranjería del año 2004 y ha venido ocupando un lugar importante en los sucesivos acuerdos aprobados a partir de entonces. Ya en aquella norma se preveía la posibilidad de que participaran en dichos procesos, directa o indirectamente, tanto los empresarios como los representantes de la Dirección General de Inmigración encargados específicamente de estas tareas. No obstante, en la práctica es difícil pensar que el empresario va a desplazarse al extranjero, siendo en algunos sectores también bastante complejo que se contrate sin un contacto personal previo con los trabajadores, complicaciones que vendrían a intentar resolver los visados de búsqueda de empleo²³⁴. Ahora, además, se incluye la posible participación, en calidad de asesores y cuando las Administraciones de ambos países así lo soliciten, de representantes de las organizaciones sindicales y empresariales españolas y/o del país en el que se desarrolle la selección.

Hay que partir de que en este ámbito concreto suelen incluirse en los acuerdos anuales o en las últimas Órdenes Ministeriales, remisiones en bloque a los acuerdos aplicables en función del país de origen de los inmigrantes para los concretos trámites del procedimiento selectivo.

Es preciso partir de que nos hallamos ante un aspecto central de todo el proceso, que ha provocado que en aquellas mismas fuentes reguladoras del número de contrataciones colectivas en origen se hayan venido introduciendo aspectos innovadores, así por ejemplo, la posibilidad, a propuesta de la empresa oferente, de que la selección se pueda realizar de manera no presencial, mediante el análisis de los currículos de los trabajadores y/o mediante entrevistas telefónicas o video conferencia.

234. Sobre este papel a cubrir por los visados de búsqueda de empleo CAMAS RODAS, F., "Artículo 80. Procedimiento", en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) y ROJAS RIVERO, G.P. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, op. cit., p. 498.

Se establece ahora de forma específica que la Dirección General de Inmigración trasladará a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras el acta de la selección realizada, para que informe de la posible concurrencia de causas de denegación de la autorización, y asigne, en su caso, número de identidad de extranjero a los trabajadores en el plazo máximo de dos días hábiles (art. 169.5 Reglamento). Precepto donde se aprecia con claridad la limitación de los plazos en aras a la agilidad del procedimiento. Excepcionalmente, este plazo podrá ampliarse hasta cinco días hábiles cuando el elevado número de trabajadores lo haga imprescindible, circunstancia que será comunicada a la Dirección General de Inmigración.

Asimismo, se prevé la posibilidad de que se lleven a cabo acciones formativas en el país de origen, existiendo en este caso una preselección de candidatos a la acción formativa y, concluida esta, una selección definitiva, previsión que se reitera en el actual artículo 169.6 del Reglamento.

B. El visado y las autorizaciones de residencia y trabajo

Una de las principales novedades en este campo, como se señaló, es la previsión de un procedimiento específico para los supuestos de intervención de las CCAA en base al traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena. Supuesto en el que la propia Orden Ministerial (que aprueba la cifra de contrataciones) establecerá su intervención en los trámites de carácter laboral, así como en la recepción de solicitudes, admisión a trámite, comprobación de los requisitos laborales, emisión de informe sobre los mismos y su remisión a la Dirección General de Inmigración para la continuación de los trámites.

Debemos partir del dato de que en el año 2004 se inicia una clara tendencia hacia el logro de una verdadera reducción de la duración de los plazos de tramitación, en aras a conseguir una mejora en la agilización y eficacia del sistema, aspecto que se ha visto respetado en los sucesivos cupos anuales. En este sentido, seguramente, el actual Reglamento persigue algo similar a la culminación de este proceso de simplificación y agilización de la solicitud y obtención de las pertinentes autorizaciones, buscando una mayor celeridad así como la imprescindible eliminación de trabas burocráticas.

Como ocurre con frecuencia en el ámbito que ahora nos ocupa, ya en el Acuerdo por el que se aprobó el contingente 2003 se consolidó una práctica consistente en que el visado incorporaba la autorización para trabajo y residencia. Aspecto que suscitó importantes dudas de legalidad²³⁵ en un sector doctrinal, en la medida en que no será hasta la LO 14/2003 cuando el visado sea objeto de un giro de gran calado, dotándosele de una nueva naturaleza y simplificando de forma notable los trámites administrativos de acceso²³⁶. Ahora bien, también se había sido consciente de la loable intención²³⁷ perseguida con esta práctica, en tanto implica evitar duplicidades innecesarias, conlleva una concentración de actuaciones y agiliza el acceso del trabajador, en el marco del contingente (sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen, en la denominación actual), a las ofertas de empleo no satisfechas por el mercado español.

Hay que destacar que frente a la imprecisa nominación del precepto dedicado a esta cuestión en el anterior Reglamento (art. 80) que se refería, sin más, a procedimiento, el actual art. 170, con mayor precisión y mejor técnica jurídica se dedica a regular las “Especialidades de los procedimientos relativos a autorizaciones en el marco de la gestión colectiva de contrataciones en origen”, regulando, además, de forma independiente los visados en el art. 172.

En este aspecto concreto cobra una inusitada importancia la propia Orden que aprueba la cifra de contrataciones colectivas en origen, puesto que está llamada a establecer las diferentes actuaciones de gestión, selección e intervención social y concesión de autorizaciones de residencia y trabajo así como el procedimiento concreto para la contratación de los trabajadores extranjeros (art. 170. 1 y 2 Reglamento). Ahora bien, en todo caso, estaría sometido, por expreso mandato de

235. ORTEGA MARTÍN, E.: Manual Práctico de Derecho de Extranjería, Europea de Derecho, 2003, segunda edición actualizada y ampliada, p. 184.

236. Vid. VALDUEZA BLANCO, M.D.: “Repercusión de la reforma ...”, op. cit., p. 114. La propia Exposición de Motivos de la Ley 14/2003 hacía especial hincapié en este extremo al afirmar que “En el cumplimiento de los objetivos fijados por la reforma una cuestión básica es la de dotar al visado de una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. De esta manera se anuda al visado un efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro país en la situación para la que se le hubiere expedido”.

237. ORTEGA MARTÍN, E.: Manual Práctico de Derecho de Extranjería, op. cit., p. 188.

la norma reglamentaria, a dos importantes limitaciones: la primera, la ya tan reiterada exigencia de que los contratos de trabajo gestionados a través del contingente deben ser firmados por extranjeros que no se hallen ni sean residentes en territorio español y, la segunda, que dichos contratos -sujetos en la práctica a los correspondientes modelos oficiales de contrato de trabajo y solicitud de autorización de trabajo y residencia- como mínimo deben contener tanto los aspectos previstos en el art. 2.2 RD 1659/1998, 24 julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo²³⁸ como una previsión del salario neto que percibirá el trabajador.

Es a los empresarios que deseen contratar a través de este procedimiento, o a sus representantes legales, incluidas las organizaciones empresariales, a quienes corresponde la presentación de las correspondientes solicitudes.

Se regula ahora de forma más detallada la documentación que debe acompañar a la solicitud de visado, que deberá cursarse en el plazo de los dos meses siguientes a la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena o de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para obra o servicio, que debe realizarse en la Oficina Consular (art. 172 Reglamento). Al igual que se preveía en el derogado art. 80.5 del Reglamento de Extranjería, se contempla que en atención a la celeridad del procedimiento se podrá admitir que la

238. Artículo que entre los extremos sobre los que el trabajador debe ser informado recoge los siguientes: a) identidad de las partes del contrato de trabajo; b) fecha de comienzo de la relación laboral y, en caso de que se trate de una relación laboral temporal, la duración previsible de la misma; c) el domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios habitualmente; d) categoría o grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo; e) la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales, así como la periodicidad de su pago; f) la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo; g) la duración de las vacaciones y, en su caso, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones; h) los plazos de preaviso que, en su caso, estén obligados a respetar el empresario y el trabajador en el supuesto de extinción del contrato o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso; i) el convenio colectivo aplicable a la relación laboral, precisando los datos concretos que permitan su identificación.

presentación de solicitud de visado se realice a través del organismo de selección, de manera conjunta, para todos los trabajadores cuya contratación se pretende para un mismo período.

El visado será emitido por la autoridad consular en un plazo máximo de cinco días, ampliable hasta un máximo de quince, excepcionalmente, cuando el elevado número de solicitudes presentadas lo haga imprescindible.

Los visados tendrán una vigencia máxima de seis meses y habilitarán para la entrada en España.

En el plazo de tres meses desde la entrada del trabajador extranjero en territorio español, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, quedan el empleador obligado a comunicar el contenido del contrato a los servicios públicos de empleo.

En el plazo de un mes desde el alta deberá solicitar la tarjeta de extranjero.

Otra de las novedades a destacar del novísimo Reglamento de Extranjería es la regulación con un mayor grado de detalle del visado de residencia y trabajo de temporada (art. 174), que tendrá una vigencia igual al período autorizado para residir y trabajar, con un máximo de nueve meses. En caso de que en el plazo de un mes desde su entrada en España no exista constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, el órgano competente podrá resolver la extinción de la autorización. Asimismo, el órgano competente requerirá al empleador para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores, así como de la posible concurrencia de una infracción grave de las previstas en el artículo 53.2 a) de la Ley Orgánica 4/2000. Los trabajadores estarán exceptuados de la obtención de la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

VI. Los visados de búsqueda de empleo

Aun cuando este tipo de visados, en su caso, va a formar parte del contenido de la correspondiente Orden Ministerial en la que se aprue-

ba la cifra de contrataciones colectivas en origen, conviene hacer unas menciones específicas al mismo, habida cuenta sus particularidades y su finalidad, que difiere de la gestión de contrataciones propiamente dicha.

La aparición de este tipo de visados fue uno de los aspectos más destacados del Reglamento de Extranjería del año 2004 respondiendo a una demanda de la propia realidad social, así como a su presencia efectiva en los sucesivos Acuerdos sobre el contingente, que venían contemplando este tipo de documento si bien en el ámbito específico de la actividad del servicio doméstico, por sus evidentes peculiaridades en cuanto a la selección del trabajador y la necesaria confianza que debe presidir la relación laboral.

Los visados, aun objeto de duras críticas sindicales, en tanto la disyuntiva entre volver a sus países o permanecer puede provocar la aceptación de cualquier empleo con independencia de las condiciones ofrecidas y por ser mecanismos contradictorios con la práctica del contingente, también son valorados positivamente, pues de encontrar trabajo, sus titulares pueden acceder a la regularidad superando, en muchos casos, el inconveniente que supone la valoración de la situación nacional de empleo²³⁹.

Es preciso destacar que la regulación reglamentaria otorga un papel preponderante en esta materia a la propia Orden anual que determine el número de contrataciones, en la medida en que es la encargada de fijar los detalles de su régimen jurídico, tales como su número, el procedimiento de concesión, sus destinatarios y otros análogos. No obstante, la práctica ha demostrado que el resultado efectivo en los distintos acuerdos (u Órdenes Ministeriales a partir del año 2010) es decepcionante, en la medida en que no dan respuesta a la pretendida necesidad que subyace a los mismos. Hemos asistido a una cifra total de visados no excesivamente elevada, llegando a cero en los últimos ejercicios y que, además, han venido quedando circunscritos en buena medida al específico sector del servicio doméstico, por lo tanto, dando cobertura exclusivamente a la necesidad apuntada que provocó que los Acuerdos anuales recogieran su existencia, pese a la falta de cobertura legal de la figura.

El funcionamiento de este tipo de visados descansa sobre la preselec-

239. CAMÓS VICTORIA, I., "Artículo 81. Visados para la búsqueda de empleo", en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) y ROJAS RIVERO, G.P. (Coord.), Comentarios al Reglamento de Extranjería, op. cit., p. 504-5.

ción del trabajador en el país de origen, de forma que accede a nuestro territorio al amparo de dicho documento para inscribirse como demandante de empleo

A. Reglas comunes

Pese a que la regulación legal y los sucesivos acuerdos anuales u Órdenes Ministeriales se articulan sobre dos tipos de visado de búsqueda de empleo diferentes, como ahora veremos, en especial del art. 175 del Reglamento se extraen una serie de reglas comunes para ambos, que sintéticamente serían las siguientes:

1. Estos visados se caracterizan por otorgar libertad para desplazarse por el territorio español para buscar trabajo, por un plazo de tres meses a contar desde la fecha en que se efectúe la entrada o declaración de entrada en España. Sin duda, y haciéndonos eco de críticas esbozadas en este sentido, resulta llamativo que se concedan para un lapso temporal seguramente demasiado corto para que el visado cumpla efectivamente con la finalidad que origina su otorgamiento.

2. Si el extranjero que se encuentra en nuestro país con un visado de este tipo no obtiene un contrato de trabajo en el plazo señalado viene obligado a salir del territorio español, incurriendo, de no hacerlo, en la infracción contemplada en el art. 53.1 a) LOEX²⁴⁰. No obstante, seguramente en la práctica se corre el riesgo de que permanezca en España de forma irregular.

3. Se establece cierto control²⁴¹, bastante liviano, sobre la salida del

240. Que tipifica entre las infracciones graves el "encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente". Para la doctrina las medidas de control de salida son mínimas, ya que se limitan al compromiso bajo amenaza (obvia) de encontrarse en situación irregular y a expensas de la oportuna sanción, CAMÓS VICTORIA, I., "Artículo 81. Visados para la búsqueda de empleo", en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) y ROJAS RIVERO, G.P. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, op. cit., p. 504.

241. La doctrina ha situado las principales dificultades de este tipo de visados en el control de salida de los extranjeros que puede provocar que se convierta en una vía de acceso a la bolsa de extranjeros irregulares, vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.; "La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen...", op. cit., p. 15.

territorio descrita anteriormente. De esta forma, según el art. 175.2 del Reglamento, a efectos de verificar la salida del territorio nacional, el extranjero deberá presentarse ante los responsables del control fronterizo por el que se efectuase la salida, para que se estampe sobre su pasaporte un sello de salida.

4. Para terminar, es el empresario interesado en la contratación de estos trabajadores quien ha de presentar la correspondiente solicitud que habrá de resolverse en un plazo de diez días. La autorización inicial de trabajo y residencia se concede condicionada al alta y/o afiliación a la Seguridad Social del extranjero en el plazo de un mes.

B. Los visados dirigidos a hijos o nietos de español de origen

La parca regulación legal que no contempla aspectos como su duración, procedimiento de selección y concesión, obligación de abandono del territorio nacional y así sucesivamente lleva a pensar que las anteriores son las reglas aplicables en este supuesto.

Como hemos señalado, el precepto aunque en esencia viene a coincidir en su contenido con la regulación anterior, sin que se aprecien novedades reseñales, hace gala de una defectuosa técnica de redacción que en lugar de aclarar la situación precedente viene a complicarla. Se ha incluido un punto y seguido, seguramente para aligerar la redacción y facilitar su lectura que, sin embargo, hubiera obligado a revisar la construcción subordinada con que estaba redactado el precepto anteriormente. No obstante la crítica anterior, el contenido del precepto es bastante parco y se reduce a dos únicas reglas que se establecían también con anterioridad. Por un lado, estos visados, al decir del art. 176 del Reglamento, están exentos de la valoración de la situación nacional de empleo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 de la LO 4/2000. Concordancia lógica, ya contemplada en el artículo 82 del derogado Reglamento y que tiene más sentido que la previsión contenida en la LO 14/2003 sobre la inclusión de esta clase de visado en el marco del contingente, por tanto sólo para puestos de trabajo no cubiertos con mano de obra autóctona, cuando por el otro sistema podían acceder a cualquier puesto de trabajo²⁴². Por otro, se remite la regulación del siste-

242. Aspecto que no había pasado por alto la doctrina, vid. VALDUEZA BLANCO, M.D.: "Repercusión de la reforma ...", op. cit., p. 140.

ma de selección de los destinatarios y las fórmulas de presentación de las solicitudes a la Orden Ministerial por la que se apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen. Huérfana de contenido, como hemos señalado, en la Orden TIN/3364/2010 que no contempla la concesión de visado alguno para la búsqueda de empleo, en base a la situación de crisis económica y de nuestro mercado de trabajo.

C. Visados para la búsqueda de empleo en determinadas ocupaciones y ámbitos territoriales

Tal y como hemos apuntado, se introduce una restricción en el ámbito de aplicación del visado que queda ceñido a “ocupaciones” y no a sectores, donde existan puestos de trabajo de difícil cobertura.

La selección de los extranjeros que pueden disfrutar de un visado de esta clase se realiza en el país de origen. Los sucesivos acuerdos anuales han ido mostrando que el cupo de visados, aparte de bastante escaso, es bastante limitado, al venir ceñido al sector de empleados de hogar, siendo los previstos para otros sectores casi testimoniales. Llegando a la situación de las últimas anualidades, donde la cifra ofertada es de cero.

Según establece el nuevo art. 177.2 del Reglamento en la concesión inicial y sucesivas renovaciones de las autorizaciones se estará a lo dispuesto en los artículos que establecen las condiciones para la concesión de la autorización de residencia y trabajo que proceda y su renovación.

El proceso de selección, como en el sistema de gestión de ofertas estables, se regirá por lo dispuesto en los correspondientes acuerdos bilaterales y habrá de tramitarse también en el plazo máximo de un mes. No obstante, ello no impide, como hemos señalado, la concesión a nacionales de otros países con los que no existan tales acuerdos²⁴³. No es una exclusión, sino una mera preferencia.

Se ha criticado que no se hace referencia a la participación de los empresarios en los procesos de selección, que se posterga hasta que tengan los visados²⁴⁴. Situación, sin embargo, que parece bastante lógica habida

243. En la misma línea, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “La gestión colectiva de contrataciones en origen...”, op. cit., p. 213.

244. CAMÓS VICTORIA, I., “Artículo 83. Visados para la búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones”, en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) y ROJAS RIVERO, G.P. (Coord.), Comentarios al Reglamento de Extranjería, op. cit., p. 511.

cuenta las dificultades para desplazarse a los países de origen a las que nos hemos referido con anterioridad y que, precisamente, son las que se vienen a intentar paliar con este tipo de visados.

Llama la atención que aquí sí se contemplen algunas reglas procedimentales, en relación con la presentación del contrato solicitud y otras análogas, a diferencia de lo que acontece en el artículo precedente. Según la regulación reglamentaria, corresponde al empleador presentar el contrato de trabajo-solicitud de autorización, firmado por ambas partes que, en su caso, se va a conceder condicionada, a fin de evitar contrataciones falsas o fraudulentas, al alta y afiliación del trabajador en el sistema de Seguridad Social en el plazo de un mes. Se echa en falta también en el nuevo Reglamento una referencia a los efectos de la falta de afiliación y/o alta, aunque lógicamente la autorización queda sin efectos, y a mecanismos de control sobre las causas de la misma, como sí acontecía en la DT 3ª del derogado Reglamento en relación con el proceso de normalización, al menos a efectos de que el empleador indique las razones y sus posibles efectos en orden a la denegación de ulteriores solicitudes²⁴⁵. Previsión que, además, sería más acorde con lo dispuesto en el art. 174 del Reglamento en relación a los visados de residencia y trabajo de temporada.

El órgano competente deberá pronunciarse en el plazo máximo de diez días sobre la concesión de la autorización de residencia y trabajo, y notificará al solicitante la resolución de manera inmediata.

Como regla general se establece la inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud para otra ocupación o ámbito territorial distinto. No obstante, de manera excepcional, y siempre y cuando se produzcan circunstancias imprevistas en el mercado laboral, la Dirección General de Inmigración podrá disponer que la autorización de residencia y trabajo sea concedida en otro ámbito territorial u ocupación.

El extranjero debe solicitar, en el plazo de un mes, la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero, en los términos ya analizados.

245. Vid. CAMÓS VICTORIA, “Artículo 83. Visados para la búsqueda de empleo...”, op. cit., p. 512. En la misma línea, CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “La gestión colectiva de contrataciones en origen...”, op. cit., p. 214.