

**INMIGRACIÓN Y TRABAJADORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA. SITUACIÓN
ACTUAL Y NECESIDADES DE FUTURO. CUESTIONES EN TORNO A LOS
CAMBIOS PRODUCIDOS EN LAS NECESIDADES DE DESPLAZAMIENTO
INTERNACIONAL**

Prof. Dr. Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho. Universidad de León. España

jferm@unileon.es

Resumen: El proceso de mundialización o globalización ha pasado a ocupar un lugar trascendental en los debates políticos de la mayor importancia, llevando a posiciones de resistencia activa y pasiva. Este fenómeno adquiere un reflejo muy notable en el sistema de relaciones laborales que lleva, de la mano de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, a la presencia de tejidos industriales transnacionales capaces de presionar a la integración económica y cambiar el sentido tradicional de los movimientos migratorios y los principios de actuación de los Estados a este respecto.

Esta ponencia analiza estos aspectos e incide especialmente en la situación que se ha producido en España en las últimas décadas, intentando aportar una visión crítica y posibles elementos que ayuden en la solución de los actuales problemas.

Al hilo de las transformaciones producidas a nivel mundial, europeo e interno, en España se han producido en las últimas décadas, y especialmente en la última, unos evidentes y profundos cambios, tanto cualitativos como cuantitativos, en materia de inmigración.

Abstract: The process of globalization has come to occupy a transcendental place in the political debates of the greatest importance, leading to positions of active and passive resistance. This phenomenon acquires a very remarkable reflection in the labor relations system that leads, along with the freedoms of establishment and provision of services, to the presence of transnational industrial fabrics able to put pressure on economic integration and change the traditional sense of the migratory movements and the principles of action of the States in this regard.

This presentation analyzes these aspects and especially affects the situation that has occurred in Spain in recent decades, trying to provide a critical vision and possible elements that help in the solution of the current problems.

In line with the transformations produced at a global, European and internal level, in Spain there have been evident and profound changes, both qualitative and quantitative, in immigration matters in the last decades, and especially in the last one.

Palabras clave: globalización, migración, trabajadores, desplazamientos, crisis, políticas migratorias.

Key words: globalization, migration, workers, displacement, crisis, migration policies.

Sumario:

I.- INTRODUCCIÓN

II.- LOS DESPLAZAMIENTOS COMO VARIANTE DE MOVILIDAD LABORAL INTERNACIONAL. DE LA MOVILIDAD POR EL EMPLEO A LA MOVILIDAD EN EL EMPLEO

III.- EL DESPLAZAMIENTO COMO RESPUESTA A LAS NUEVAS NECESIDADES Y A VARIACIONES EN LA DEMANDA DE SERVICIOS INTERNACIONALES

IV.- LOS DESPLAZAMIENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

V.- INMIGRACIÓN Y TRABAJADORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA. SITUACIÓN ACTUAL Y NECESIDADES DE FUTURO

I.- INTRODUCCIÓN

El proceso de mundialización o globalización ha pasado a ocupar un lugar trascendental en los debates políticos de la mayor importancia, llevando a posiciones de resistencia activa y pasiva, pero en todo caso imponiéndose por la fuerza de los hechos.

Sus defensores sostienen que “favorece la expansión de la circulación por encima de las fronteras, de ideas e informaciones, de bienes y servicios, de tecnología y de capital”¹. Sin embargo, resulta sencillo descubrir en última instancia que al sustantivo le falta un adjetivo: la globalización es, ante todo, y principalmente, económica.

¹ Comunicado final de la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de los Ocho, celebrada en Denver, de 22 de junio de 1997.

El capital, los bienes y los servicios disfrutan del derecho y la libertad de moverse a nivel internacional en búsqueda de mejores condiciones, mientras que las personas que los acompañan no pueden disponer de la misma, en tanto no existe un derecho y una libertad de entrada y salida de los diferentes Estados², de forma tal que el orden social de la globalización en relación a las personas resulta nulo³.

Habiendo recibido el extraordinario impulso de los acuerdos adoptados en el seno del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁴ y de la Organización Mundial del Comercio, la apertura general de mercados convierte paulatinamente al mundo en un único y gigantesco lugar de intercambio de todo tipo de bienes y servicios.

Este fenómeno adquiere lógicamente un reflejo muy notable en el sistema de relaciones laborales que lleva, de la mano de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, a la presencia de tejidos industriales transnacionales capaces de presionar a la integración económica y cambiar el sentido tradicional de los movimientos migratorios y los principios de actuación de los Estados a este respecto.

Las fronteras físicas y geográficas, antaño difíciles obstáculos, en la actualidad se difuminan en muchos sentidos, el capital se mueve con casi total libertad entre distintos territorios y es lógicamente seguido por las actividades comerciales empresariales. Desde un punto de vista económico empresarial este movimiento globalizador se traduce, en cuanto al Derecho Social hace e interesa, fundamentalmente en dos fenómenos: la formación de

² GEORGE, S.: “¿Globalización de los derechos?”, en AA.VV. (GIBNEY, M. J., Ed.): *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2004, pág. 32 y ss.

³ Así, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Modelos jurídico políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada”, *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Justicia Laboral*, núm. 47, 2011, pág. 17.

⁴ El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade) fue firmado como un acuerdo multilateral sobre comercio internacional en 1947 (y al cual ya se han adherido más de cien naciones). Vino a fijar un conjunto de reglas de conducta en el marco de las relaciones comerciales, constituyendo, además, un foro para las negociaciones multilaterales sobre problemas de comercio internacional.

Su propósito más general es la gradual eliminación de los aranceles y de otras barreras al libre intercambio de bienes y servicios. Bajo su amparo han tenido lugar amplias y numerosas negociaciones colectivas que llevan el nombre de "ruedas" o "rondas", como la Kennedy Round o la Ronda Uruguay. Al respecto, OLCESE SANTONJA, A.: *La conclusión de la Ronda Uruguay del GATT*, FAES, Madrid, 1995 o JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN: *Acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT en el sector agrario: repercusión en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1994.

Estos acuerdos han facilitado los intercambios internacionales, reduciendo los aranceles y otras barreras al comercio mundial. Sobre esta materia, entre otros, MAGRO MAS, A.: *Comercio internacional. El GATT*, Guadiana, Madrid, 1968; GARCÍA LÓPEZ, J. A.: *La crisis del sistema GATT y el derecho anti-dumping comunitario*, Colex, Madrid, 1992 o DÍAZ MIER, M. A.: *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, Síntesis, Madrid, 1996.

empresas o grupos multinacionales y el traslado de las empresas o de partes de su producción a otros países (o, incluso, la constitución de la empresa o de sus centros en esas zonas).

El primero plantea, entre otros, el problema de que los trabajadores desplazados prestan servicios en territorios distintos y sometidos, a su vez, a regímenes jurídicos también distintos e independientes. El segundo, por su parte, es el resultado de la búsqueda de lugares más rentables económicamente dónde trasladar la actividad productiva⁵.

Esta deslocalización y fragmentación de la actividad productiva parte del aprovechamiento de la multiplicidad de derechos locales (nacionales) de contenido diverso. Esta pluralidad facilita al empresario la posibilidad de ampararse en imposiciones sociales, laborales, de Seguridad Social y fiscales que le supongan costes más bajos con el simple traslado o instalación de su actividad (en todo o en parte) en otro ámbito geográfico⁶.

La globalización, de un lado, genera empleo y beneficios económicos en zonas en las cuales generalmente no lo hay, pero, de otro, obliga a numerosas personas a desplazarse para conservar su trabajo, destruyendo, a un tiempo, empleo⁷. En virtud de tal, despierta reacciones diversas y opuestas, quien la ve con entusiasmo por el crecimiento económico y la difusión y generalización del bienestar que puede crear y quien la rechaza al considerar que significa un incremento de desigualdades a escala mundial, pues la intensificación de la competencia mundial puede ejercer suficiente presión como para que se produzcan mermas de los salarios y de las normas sociales y de trabajo en todo el planeta, además de la reducción del papel garantista del Estado⁸.

⁵ El primero de estos fenómenos “resulta de la complejidad actual de las organizaciones empresariales, de la facilidad de los movimientos financieros, del interés por controlar verticalmente servicios ofrecidos en el mercado, etc.”..., mientras la segunda de las manifestaciones busca esa rentabilidad más elevada, “bien por la mayor proximidad a las materias primas precisas para la confección del producto, que generalmente se comercializa una vez elaborado en otras zonas geográficas económicamente más prósperas; bien porque la mano de obra en esa región es más barata, lo que permite un considerable incremento de los márgenes de beneficios, o incluso porque la dinámica fiscal o administrativa en ese estado resulta más relajada”, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Proyecto Docente*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, págs. 224-225.

⁶ En este sentido, DURÁN LÓPEZ, F.: “Globalización y relaciones de trabajo”, *REDT*, núm. 92, 1998, pág. 869.

⁷ Así, DURÁN LÓPEZ, F.: “Globalización y relaciones de trabajo”, cit., pág. 870.

⁸ Circunstancias a las que habrá que añadir el que, paradójicamente, el aumento de las dislocaciones sociales originadas con ocasión de la competitividad internacional se combina con la reducción del papel del Estado, que se evidencia en los recortes de gasto público, en el menor apoyo a las medidas redistributivas y en la general liberalización de los mercados y de las políticas económicas. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “OIT, derechos humanos y libertad sindical”, *RL*, núm. 1, 1999, pág. 5.

En este sentido, cabe destacar que el propio modelo de competencia global en el cual nos encontramos instalados guía la actuación de las sociedades en ella inmersas, modelo que aparece basado en una permanente competencia en materia de costes laborales entre los distintos destinos de las operaciones económicas, lo que no puede casar contra los objetivos garantistas que las normas y esas mismas sociedades afirman perseguir, resultan inevitable el choque entre partidarios y detractores. Como algún autor ha venido a señalar “¿villanos o héroes? Quizá ni una cosa ni la otra. O ambas a la vez”⁹.

Entre las múltiples definiciones y acepciones que ha recibido el concepto de globalización cabría señalar aquella que la considera como “un nuevo sistema derivado de la liberalización del comercio internacional, la expansión de la inversión extranjera directa y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos, todo ello promovido por los Estados, entidades supranacionales y organizaciones como el GATT y la OMC a través de procesos de integración económica y jurídico-institucional y de decisiones políticas tendentes a reducir barreras nacionales en operaciones comerciales internacionales y favorecido por el impacto de las nuevas tecnologías y las facilidades para el transporte y las comunicaciones”¹⁰.

En todo caso, como algún autor ha señalado “el antídoto debe encontrarse en el veneno”, la solución a los males de la globalización debe buscarse en la propia globalización, “y no luchando contra ella”¹¹. Resulta fundamental, en este sentido, trabajar en “el aprovechamiento de sus ventajas --la creación de empleo en las zonas menos favorecidas, la revitalización de sectores geográficos, la apertura de mercados, etc.-- y en el diseño de instrumentos que conjuren sus maldades, esto es: el dumping social, la rebaja de derechos sociales, etc., eso sí, siendo conscientes de que un antídoto útil no conoce alternativas

⁹ “Porque si algo permite la observación atenta de esta clase de instrumentos es comprobar que la respuesta depende en gran medida de la configuración interna que en cada caso se haya decidido darles”, SANGUINETI RAYMOND, W.: “Presentación”, en AA.VV. (SANGUINETI RAYMOND, W., Dir.): *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*, Cinca, Madrid, 2015, pág. 10.

¹⁰ QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “La defunción del Derecho a la inamovilidad del lugar de trabajo”, *RTSS (CEF)*, núm. 361, 2013, pág. 201.

¹¹ “No hay que tener la idea de una fortaleza sitiada”, LYON-CAEN, G.: “Los derechos sociales: génesis y utilidad de una noción” (ROBLES, A. J., Trad.), ponencia presentada en el *Seminario internacional: Globalización y derechos sociales*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1998, pág. 2.

individuales para países, empresas o personas”¹². No cabe olvidar que se trata de un proceso global que requiere, en consecuencia, soluciones igualmente globales¹³.

Y es que no se puede obviar el hecho de que, en el marco de esa sociedad globalizada en la cual las migraciones constituyen una realidad constante e imparable, en especial desde las zonas más desfavorecidas o menos avanzadas hacia aquellos territorios más desarrollados, la fórmula de gestión y la manera de afrontar por parte de los gobiernos de los diferentes Estados la presencia dentro de sus fronteras de personas de otra nacionalidad no puede desarrollarse de forma unitaria o independiente, en tanto se produciría una acción incompleta en la materia. Será y ha venido siendo necesario construir un marco jurídico regulador de tales situaciones en coordinación con diferentes entidades o unidades políticas y territoriales, creando una regulación marco a escala internacional que complemente y apoye y se complemente y se apoye en las legislaciones nacionales y permita afrontar con unas mínimas garantías los problemas, conflictos y litigios que puedan surgir al unir cuestiones como un mercado global, los flujos migratorios a nivel internacional y los límites territoriales y legislativos de los distintos Estados¹⁴.

II.- LOS DESPLAZAMIENTOS COMO VARIANTE DE MOVILIDAD LABORAL INTERNACIONAL. DE LA MOVILIDAD POR EL EMPLEO A LA MOVILIDAD EN EL EMPLEO.

La OIT, a finales de la década de los cincuenta¹⁵, decidió entrar a regular el fenómeno de la emigración partiendo de un dato que entonces constituía una constante evidencia en todo

¹² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Proyecto Docente*, cit., pág. 227.

¹³ Por ello resulta precisa un reforzamiento del movimiento sindical mundial, y sobre todo un esfuerzo riguroso por parte de las organizaciones internacionales. CARBALLO MENA, C. A.: “Diálogo social y tripartismo en Venezuela”, en AA.VV. (DURÁN LÓPEZ, F., Coord.): *Diálogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica*, CES, Madrid, 1998, pág. 157 y ss.

¹⁴ Derecho y política deben ir fuertemente ligadas en este punto para alcanzar un “sentido político-jurídico de conjunto para su adecuada implementación en la realidad social más cercana a los miembros de la comunidad política. Cumple así el derecho la función social clave que posee: su aplicación en la realidad mediante contenidos político-morales con la finalidad de establecer un orden social justo, en cuanto que se trata de un mecanismo regulativo al servicio de la adaptación de la sociedad a su entorno. En esta perspectiva es necesario reinventar los modos de regulación jurídico-institucional, yendo más allá de las fronteras del Derecho estatal para establecer adicionalmente instrumentos de regulación a escala internacional”. Así, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Modelos jurídico políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada”, cit., págs. 14-15.

¹⁵ Sobre la materia, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo, Asturias, 2006, pág. 41 y ss.

planteamiento teórico sobre la materia: el movimiento de población obedecía, desde la perspectiva laboral, a una búsqueda de empleo o a la respuesta a una oferta previa de puesto de trabajo. El traslado transnacional no traía causa en un contexto laboral, sino que tenía en éste su propio fin. La movilidad se producía “para ocupar un empleo” (artículo 11 Convenio núm. 97 OIT, 1949), siendo los movilizados, aunque extranjeros, trabajadores en el país de acogida.

Ante tal circunstancia, y aunque con matices, la OIT acogió las dos grandes líneas de actuación tradicionalmente seguidas por los Estados: de un lado, y con carácter dominante, el control del flujo de personas que ingresan desde fuera en el mercado nacional de empleo a fin de evitar un perjuicio (medido en términos de competencia) para los trabajadores nacionales, la minoración de los gastos en protección social (o su reverso, el incremento de cotizantes) o el descontrol sobre la nueva población activa o los efectos del mestizaje cultural; de otro, la garantía de un estatuto jurídico específico para el trabajador migrante diseñado con la finalidad de tratar de paliar su situación particular de desprotección.

El fenómeno de las migraciones de personas y trabajadores crea, de un lado, y se encuentra acompañado, de otro, por un amplio elenco de complejos problemas de la más diversa índole, tanto a nivel político como económico, social o jurídico; aspectos, por otra parte, íntimamente relacionados entre sí en esta materia.

Este conjunto de problemas no constituye, ni mucho menos, una novedad; las migraciones han venido constituyendo una constante a lo largo de muchos siglos, tantos casi como la historia misma la humanidad (no en vano la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 13.2, reconoció el derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de un trabajo; o lo que es lo mismo, a la emigración), convirtiendo a unos países en estados receptores y a otros en emisores de una mano de obra generalmente movilizada desde países menos desarrollados hacia aquéllos en los cuales las posibilidades de alcanzar un mejor nivel de vida son, en principio, más elevadas.

Siempre ha existido, desde el inicio de nuestra historia, intercambios comerciales y movimientos migratorios, de manera que la tendencia a la globalización “es uno de los rasgos

de la evolución de la humanidad”¹⁶. No obstante, resulta obvio que las migraciones del presente son muy diferentes de las de épocas anteriores¹⁷. Los profundos cambios ocurridos en el escenario mundial en las últimas décadas cuestionan muchos de los viejos paradigmas sobre los que se había sustentado la regulación de estos procesos.

Así, el fenómeno de la globalización ha marcado una reestructuración de las relaciones económicas internacionales, “en las que mientras el sector financiero funciona efectivamente como una unidad en tiempo real, la libre circulación de personas es todavía un aspecto inacabado”; la deslocalización de las grandes empresas que trasladan su producción a países en los cuales carguen con menos costes ha dado también paso al desplazamiento de mano de obra hacia donde se encuentra el capital y, en fin, la revolución tecnológica sin duda ha facilitado los desplazamientos¹⁸.

La globalización financiera está contribuyendo al aumento de la desigualdad a un nivel internacional y mundial, al tiempo que ha favorecido, gracias a la desregulación de los mercados, la creciente importancia que han adquirido los paraísos fiscales, que al fin y al cabo terminan siendo refugio para el dinero negro o el procedente de la delincuencia (como tráfico de armas, drogas y terrorismo)¹⁹.

¹⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo, Asturias, 2006, pág. 23.

¹⁷ Una perspectiva de la materia en DOMÍNGUEZ MÚJICA, J. y GODENAU, D.: “Las migraciones internacionales en el Siglo XXI”, en AA.VV. (RAMOS QUINTANA, M. I., Coord.): *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, Albacete, Bomarzo, 2011, pág. 59 y ss.

¹⁸ Y “por lo que respecta a España, tampoco podemos decir que las migraciones constituyan una manifestación novedosa, aunque sí la dirección que han tomado. Su nivel de desarrollo y el crecimiento económico de los últimos años determina que ya no sea un país de emigrantes ni tampoco sólo de tránsito o de paso de inmigrantes, sino un destino atractivo y preferente en Europa para muchos extranjeros que se ven empujados a emigrar por las desigualdades latentes con otras regiones” [SEMPERE NAVARRO, A. V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 265]. Las mutaciones en los flujos migratorios, por tanto, “han hecho que nuestro país haya pasado de emisor a receptor y que, por ende, la legislación laboral y de Seguridad Social acuse tal transformación”, MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “El extranjero ‘sin papeles’ ante los riesgos profesionales (A propósito de una doctrina recientemente unificada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la Ley de Extranjería”, *RILJ*, núm. 14, 2004, pág. 23 o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G.: “Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España”, *NOL*, núm. 7, 2001, págs. 4 y ss.

¹⁹ “Estas lacras, que constituyen la cara oculta de la economía, quedan protegidas y salvaguardadas por la creencia de los fundamentalistas del mercado en las ventajas que se desprenden del funcionamiento de la libre circulación de capitales, y de la desregulación”, BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, C.: “Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas”, en AA.VV. (BARAÑANO CID, M., Dir.): *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pág. 141.

En este sentido, tras los desplazamientos de capital, bienes y servicios, comienzan los de personas²⁰ e, igualmente, en función de ese desplazamiento de capital, bienes y servicios, la dinámica migratoria se autorregulará, aumentando o reduciendo su intensidad, aun cuando no dejará de existir, pues los flujos migratorios quedan garantizados en tanto exista un evidente diferencial de renta entre países²¹, una clara desigualdad social según los territorios y zonas en las cuales la población viva en el umbral de la pobreza²².

Con la elaboración del Convenio núm. 143, la OIT reconoce la presencia de un nuevo fenómeno, que resulta abstraído de su ámbito de aplicación (al igual que ocurría en el anteriormente señalado Convenio núm. 97). Tal excepción afecta a “las personas empleadas en organizaciones y empresas que operan dentro del territorio de un país, que han sido admitidos temporal[mente] en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicas por un período limitado de tiempo y que están obligados a abandonar el país al término de sus trabajos y funciones”.

De tal forma, por primera vez se da cuenta en un instrumento internacional de ámbito superior al regional de un fenómeno de movilidad laboral distinto, como es el desplazamiento, considerado una vicisitud más en la relación de trabajo preexistente que aboca, a través de la preceptiva orden empresarial, a la movilidad geográfica supranacional y está llamado a cubrir un doble objetivo: por una parte, satisfacer el derecho subjetivo de crédito del empresario (mostrando así como el factor determinante no viene dado por la voluntad o iniciativa del trabajador --migración tradicional--, sino por el cumplimiento de la misión atribuida por quien le proporciona empleo en ejercicio de su poder de dirección con carácter temporal y no definitivo); por otra, contribuir a ampliar una prestación de servicios comprometida por su empleador en un Estado distinto a aquél en el cual se inició la relación laboral.

Desde este punto de vista, cabe destacar el hecho de que resulte necesario ahora diferenciar una nueva realidad, a tenor de la cual el desplazamiento implica un cambio

²⁰ RAMOS QUINTANA, M. I.: “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *RMTAS*, núm. 63, 2006, pág. 13.

²¹ Sobre la cuestión en nuestro ordenamiento, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Aranzadi, Aranzadi, 2014, pág. 17 y ss.

²² Sobre la cuestión, ELU TERÁN, A.: “Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas”, *Revista Cauces*, núm. 15, 2011, pág. 41.

temporal del lugar de trabajo del empleado y es una movilidad en el empleo y no una movilidad por el empleo, sin obviar cómo, en cualquier caso, el Estado no puede (ni debe) ceder nunca al “chantaje” en el empleo que en ocasiones plantean los empresarios en el nuevo contexto globalizador, rebajando sin más los derechos sociales conseguidos, lo que sería enormemente perjudicial para el Estado de bienestar²³.

Dados los costes implícitos en el propio desplazamiento, en anteriores décadas su operatividad parecería quedar circunscrita únicamente a trabajos cualificados o especializados, como deportistas, artistas o altos directivos, entre otros. El paso del tiempo y la evolución que ha conllevado en la esfera laboral, sin embargo, ha venido a cambiar esta tendencia, siendo posible apreciar una transformación evidente, y, dada la clara y apreciable diferencia de los costes de trabajo entre distintos países, resulta menester reconocer actualmente el firme impulso a los desplazamientos de trabajadores no cualificados con la finalidad de aprovechar sus niveles salariales inferiores a los del Estado de acogida²⁴.

III.- EL DESPLAZAMIENTO COMO RESPUESTA A LAS NUEVAS NECESIDADES Y A VARIACIONES EN LA DEMANDA DE SERVICIOS INTERNACIONALES

En el contexto de mundialización reseñado resulta fácil apreciar cómo las empresas, cada vez con mayor frecuencia, prestan sus servicios en territorios de Estados distintos a aquéllos en los cuales se encuentran establecidos o situados sus establecimientos principales.

En paralelo, la movilidad de los trabajadores (y de forma significativamente evidente en el caso de los grupos de empresas) deriva de ese apuntado interés en extender el ámbito de actuación más allá de las fronteras en las que en un determinado momento la desarrollara.

Los movimientos transnacionales de mano de obra parten así de una premisa indeclinable: las libertades de establecimiento y prestación de servicios reconocidas al empresario, a entender con carácter general como apertura de mercados para desarrollar actividades productivas sin cortapisas, sin barreras al comercio y a la movilidad de los factores de producción. Cuando tal concurre, y a la movilidad de las sociedades acompaña la

²³ LYON-CAEN, G.: “Los derechos sociales: génesis y utilidad de una noción”, cit, pág. 2.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *RL*, núm. 23, 1999, págs. 1-2.

de trabajadores por un tiempo necesariamente limitado al territorio del país de destino, será fácil comprobar la presencia de un triple fenómeno:

- En primer lugar, la competitividad como principio económico básico a partir del cual las empresas de fuera de un Estado pueden ofertar mejores precios en la prestación de servicios que las radicadas en el país, aprovechando las diferencias existentes en los costes laborales.

Aun cuando el artículo VI del GATT (viene a concebir el *dumping* como la existencia de una diferencia entre el precio de exportación del producto y el valor normal de un otro similar en el país de exportación o de origen) y el informe sobre el empleo elaborado por la OIT en 1996²⁵ intentaran corregir la situación, lo cierto es que esta vía abierta al *dumping social* no parece prohibida con carácter general. Es más, la Declaración de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, de 13 de diciembre de 1996, mueve a rechazar la utilización de las normas de trabajo con fines proteccionistas. A pesar de renovar su compromiso “de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas” y reconocer a la Organización Internacional del Trabajo como “el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas” y considerar “que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas”, la OMC rechaza “la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y [conviene] en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios”²⁶.

En la práctica, es elevado el número de empresas o empresarios que utilizan y se aprovechan de imposiciones sociales, laborales, de Seguridad Social y fiscales de un país, al ser más ventajosos, con una única finalidad, soportar unos costes laborales más bajos y, en consecuencia, obtener unos mayores beneficios²⁷. Así, ello conlleva la destrucción de empleo, el estancamiento de los salarios o su reducción en zonas más desarrolladas para aprovecharse

²⁵ OIT: *El empleo en el mundo 1996/1997. Las políticas nacionales en la era de la mundialización*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996.

²⁶ Conferencia Ministerial de la OMC: *Declaración Ministerial adoptada el 13 de diciembre de 1996. Normas Fundamentales del Trabajo*, OMC, Singapur, 1996.

²⁷ Sobre esta cuestión, SERRANO GARCÍA, M^a. J.: *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del de Roma en Reglamentos comunitarios*, Reus, Madrid, 2011, pág. 15.

de la competencia de los nuevos países industrializados, en los cuales, aunque también se ha creado empleo, tal y como ya se destacó, se ha generado la perpetuación de malas o penosas condiciones laborales y de protección social, reducción de derechos colectivos, mayor siniestralidad laboral, degradación del medio ambiente o, por no seguir, la explotación laboral de niños y menores.

- En segundo término, la movilidad transnacional responde habitualmente a una exteriorización del empleo (“*outsourcing*” o “descentralización productiva”), en este caso de dimensión internacional.

El objetivo principal viene dado por obtener, a través de esta vía, una nueva ventaja competitiva adicional a partir de una gestión fundada en la reducción del importe de los costes de trabajo como consecuencia y gracias al desplazamiento hacia el exterior de su organización de parte de los trabajos necesarios, los cuales serán realizados por trabajadores ajenos a la plantilla.

En este sentido, la variante más sofisticada viene dada por la creación de grandes grupos de empresas que permiten desarrollar, “a partir de una misma estrategia de carácter complejo, dos procesos aparentemente opuestos o incompatibles pero, en verdad, convergentes o “sinérgicos” en alto grado: de un lado, mejorar la dimensión empresarial a través de técnicas de concentración económico-financiera; de otro, reducir las estructuras productivas, especialmente en cuanto hace al volumen de ocupación, transmitiendo hacia otros el resto de las funciones, para cuya gestión, en buena medida indirecta, suele ser frecuente el recurso a subcontratas --ciertamente lo más habitual--, contratos de franquicia, puesta a disposición internacional o, por no seguir, arrendamiento de obras y/o servicios”²⁸.

Cabe destacar, en esta línea, la aparición de pequeñas y micro empresas producto de dos situaciones diferentes: de una parte, de una desintegración coordinada de grandes o medianas empresas, cuyo objetivo lo constituye la búsqueda de unidades dependientes de la matriz para aprovechar, entre otras, las ventajas de un ordenamiento laboral débil y poco

²⁸ BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. y AGRA VIFORCOS, B.: “Introducción. Movimientos de trabajadores en un contexto de globalización. Los desplazamientos como variante de movilidad laboral internacional”, en AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados)*. Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social, Francis Lefevre, Madrid, 2002, pág. 16.

predispuesto a atajar subterfugios evidentes [aunque, también resulta preciso señalarlo, capacidades de innovación tecnológica, adaptación a cambios en la demanda del mercado, facilidad para generar, mantener o reestructurar los puestos de trabajo, personalización en la atención al cliente o la consecución de una organización más humana o clima laboral de mayor proximidad]; de otra, todo lo contrario, buscando una integración igualmente coordinada (la servoproducción), acudiendo a la descentralización productiva a través de contratas y subcontratas (con variantes de distinta sofisticación como, por ejemplo, las ya señaladas franquicias), en este caso más para eludir riesgos que para aprovechar ventajas, aun cuando estas puedan ser evidentes.

- En fin, el desplazamiento no deja de ser más que la prueba fehaciente de la “deslocalización” del empleo y de la empresa.

Esta posibilidad --siempre abierta-- se ofrece en todo el planeta y en Europa, sobre todo, a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989. Simultáneamente, y de manera transparente a escala mundial, se abandonan criterios simplistas de estabilidad y se empiezan a tomar en consideración un conjunto de parámetros entre los cuales figura en un lugar muy destacado la seguridad para el capital y sus intereses.

Resulta evidente, en definitiva, a través de lo expuesto, cómo la prioridad buscada es claramente económica y no social, aun cuando esta segunda se vea favorecida gracias y en virtud de los avances de la primera.

IV.- LOS DESPLAZAMIENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El concepto de desplazamiento internacional no pertenece originariamente al Derecho del Trabajo, sino que trae causa en el ordenamiento de la Seguridad Social, donde se descubren los rasgos a partir de los cuales aparecerá definido como instituto; a saber, la temporalidad, que vendría a descubrir la presencia de un ánimo de retorno en el desplazado, y el mantenimiento de la relación laboral con el empresario original evitando la ruptura del vínculo contractual primero y permaneciendo el centro de gravedad de la actividad en el país de origen.

A partir de tal definición será posible entrar a diferenciar dos variantes:

La primera de ellas aludiría a un desplazamiento temporal frente a otro definitivo. Eso sí, destacando que este último supuesto no constituye un verdadero desplazamiento, sino un traslado --desde el punto de vista del ordenamiento español-- o una emigración --si se atiende a las pautas de la OIT--. Abandonar el referente temporal significará perder el vínculo contractual con el país de origen.

La segunda, atendiendo al ámbito geográfico donde se efectúe. Procede destacar en este caso, junto a los desplazamientos internos (aun cuando presenten algún elemento de extranjería, pues no tendría mayor relieve a estos efectos) que se registrarán por el artículo 40 ET, los producidos en el ámbito de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo --con un régimen jurídico propio-- y los efectuados a terceros países.

Este último supuesto constituye el punto de partida clásico en Derecho Internacional Privado, suscitando el conflicto de normas jurídicas de los ordenamientos de los diferentes Estados a la hora de regular la relación jurídico-privada. Bajo esa noción genérica referida se buscará paliar la inseguridad, acabando con “la discontinuidad en el espacio consustancial a dicha relación jurídica a través de soluciones que racionalicen su continuidad o normalidad”²⁹.

La finalidad de esta intervención normativa será así netamente jurídica, quedando situada en la fijación de reglas adecuadas para resolver un específico supuesto que pone en relación normas pertenecientes a distintos sistemas de Derecho. Se trata, por tanto, de una técnica estrictamente de conflicto.

V.- INMIGRACIÓN Y TRABAJADORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA. SITUACIÓN ACTUAL Y NECESIDADES DE FUTURO

Todas las cuestiones analizadas han influido en la situación española, y más aún tomando en consideración nuestro territorio como un actor más en el basto y complejo ámbito desde el cual el fenómeno de las migraciones debe ser observado, con una imprescindible perspectiva de carácter global e internacionalizador, pero sin olvidar a un tiempo la

²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pág. 140 y ss.

característica y posiblemente diferenciada situación, manifestaciones y acontecimientos internos que cada país debe abordar con sus propias particularidades y mecanismos.

En cualquier caso, y al hilo de las transformaciones producidas a nivel mundial, europeo e interno, en España se han producido en las últimas décadas, y especialmente en la última, unos evidentes y profundos cambios, tanto cualitativos como cuantitativos, en materia de inmigración.

Entre las décadas de los cuarenta y los ochenta, nuestro país fue emisor de mano de obra hacia otros territorios, la emigración española alcanzó elevadas cifras, teniendo como principales destinos los países europeos y suramericanos. En los años noventa, sin embargo, la situación experimentó un giro absolutamente radical, convirtiendo la época de bonanza y crecimiento económico a España en un territorio receptor de inmigración atraída por las posibilidades que se abrían laboralmente, hasta el punto de haber recibido en torno a seis millones de emigrantes en apenas veinte años, alcanzándose unas cifras que llegaron a rondar el catorce por ciento de la población total.

La caída en picado de la economía y el empleo a partir del año 2008 hizo que la palabra crisis se instalara en la sociedad y el imaginario colectivo de los españoles como una realidad inevitable, hasta el punto de que una década después todavía se continúa inmerso en la misma a muchos niveles. La crisis vino, entre otras muchas cuestiones, a dar un nuevo giro a las situaciones migratorias españolas, convirtiendo de nuevo nuestro territorio en emisor de flujos de emigración hacia otros países.

El fenómeno requiere, en cualquier caso, de un análisis pausado, en tanto en cuanto se está ante un campo donde determinados miedos, falsas realidades y mitos, informaciones poco precisas e intereses contrapuestos pueden conducir con facilidad a alcanzar una visión un tanto distorsionada de la realidad.

En cualquier caso, y aun cuando la crisis ha afectado laboralmente a millones de trabajadores, cabe destacar el hecho de que ha golpeado más fuerte a los inmigrantes instalados en nuestro país (baste observar las cifras de desempleo entre dos de las

comunidades más numerosas, como son marroquíes y ecuatorianos, con cifras que llegaron al cincuenta por ciento en el primer caso y superaron en treinta en el segundo).

En este sentido, es menester dejar constancia de una realidad conocida, y es que una parte importante de los trabajadores extranjeros ocupan trabajos de menor cualificación, de forma tal que se han visto más afectados por la situación económica, alcanzando tasas de paro superiores a la de los nacionales, al tiempo que se ha producido un descenso en los salarios medios de este colectivo y se ha reducido una buena parte del número de ocupados.

Por ello, se ha producido un retorno a sus países de origen o una huida hacia otros territorios que han supuesto elevadas cifras dentro de la emigración que partía de España. Ello ha provocado, de un lado, la contracción del impacto de los inmigrantes en la economía, que llegó a suponer cifras en torno al 10% del PIB, y a un tiempo, de otro, se ha reducido la salida de capitales en forma de inversión directiva extranjera y remesas pagadas al extranjero³⁰. Este elevado retorno de inmigrantes ha sido claramente apoyado por el Estado a través de diferentes medidas como ayudas o el pago íntegro de la prestación por desempleo.

Cabe destacar como, en general, la inmigración se producía por la necesidad de mano de obra, pero no por falta de desempleo (no en vano en mitad de los años noventa las cifras de desempleo superaban el 22%), y aunque ello conduce a colegir que no parecía existir una falta real de mano de obra, la inmigración seguía llegando y, además, se establecía en el país, de forma tal que a través de los años la legislación terminaba permitiendo el acceso al trabajo mediante regularizaciones periódicas que hacían emerger a los trabajadores ilegales, lo que produjo un cierto efecto llamada, desarrollándose desde el año 2000 una mayor reprensión y control como consecuencia de tal circunstancia.

Siguen, por otra parte, publicándose de forma periódica los listados de profesiones de difícil cobertura, y aun cuando hoy en día son escasos en la época de bonanza dichos listados

³⁰ La inversión directiva extranjera se ha convertido también en una cuestión importante, proveniente de los países donde los españoles emigran, especialmente Europa y América Latina, al tiempo que han aumentado las remesas recibidas. Sobre la materia, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: ¿Qué tutela jurídico social para los trabajadores emigrantes?, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A, Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 25 y ss.

eran enormes, pero, eso sí, apenas se incluían las profesiones de baja cualificación, que era el trabajo que posteriormente se cubría en realidad.

Igualmente, siempre ha habido otros mecanismos, más reales y más utilizados para obtener el permiso de residencia y trabajo como son la reagrupación familiar, la colaboración con la justicia, las vías de la xenofobia y violencia de género, la gestión colectiva de mano de obra (agricultura), los refugiados y solicitantes de asilo (aunque en España ciertamente su número es muy pequeño, ocupando el puesto 26 de la UE en virtud de criterios muy estrictos y procedimiento complicado y una escasa cobertura económica y social) o el permiso por arraigo (relación laboral de dos años, a nivel individual).

Aunque en materia de Seguridad Social el extranjero en situación regular tiene igualdad total, y el que no tiene derecho a asistencia sanitaria, en todo caso, cabe señalar como lo que no se ha planteado realmente es la verdadera adaptación, o la diferencia social existente, lo que puede resultar peligroso, pues aún hay apenas segundas generaciones de inmigrantes instalados en nuestro territorio, y pocos nacionalizados, lo que hace colegir que se puede generar, en consecuencia, un aquietamiento por su situación de vulnerabilidad, de forma tal que ello pueda convertirse en un verdadero problema de futuro, generador de una amplia conflictividad, habida cuenta de que lo cierto es que existe muy poca teniendo en cuenta lo que podría llegar a suceder dada la situación económica atravesada en los últimos años y que ha afectado con más crudeza a estos colectivos.

En cualquier caso, y señaladas estas cuestiones, uno de los mayores retos de la sociedad española actualmente deriva de un cambio de los flujos migratorios en nuestro país. Ahora, como consecuencia, volvemos a emigrar. Esta situación de cambio migratorio que ha vivido España, con un fenómeno emergente de emigración que no se puede ignorar, sin embargo, no cuenta de momento con unas políticas específicas, coherentes y estructuradas, y, en consecuencia, tampoco con un marco jurídico-normativo adecuado para dar respuesta adecuada a esta nueva realidad desde un punto de vista jurídico social³¹.

³¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: ¿Qué tutela jurídico social para los trabajadores emigrantes?, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 27.

No cabe olvidar, y así hay que destacarlo que, por ejemplo, la Ley de Ciudadanía Española en el Exterior es del año 2007, y fue promulgada en un contexto migratorio muy diferente al actual y, aunque constituyó una apuesta clara sobre el reconocimiento del capital social que suponen los emigrados españoles, se ha quedado antigua, por lo que cabe reclamar una nueva legislación acorde a nuevos tiempos y nuevas situaciones.

Esta nueva realidad emigratoria ha empezado a provocar también nuevos problemas y desafíos para nuestro país, entre los que destaca la necesidad de dar respuesta a las propias dificultades que encuentran los españoles para acceder a empleos en los países de acogida y destino.

Se trata de una nueva emigración de jóvenes y profesionales cualificados (de entre 25 y 44 años) hacia otros países, especialmente Estados miembros de la Unión Europea (Inglaterra, Francia, Alemania y Suiza –se debe tener en cuenta la descendencia de emigrantes- y Estados Unidos son los destinos favoritos). Este cambio se debe a las dificultades presentes en nuestro sistema productivo para la generación de empleo y plantea un nuevo reto de políticas y regulación que ofrezcan la necesaria tutela jurídica a los españoles que emigran, así como el diseño de políticas de retorno que permitan recuperar ese capital humano que se está perdiendo para nuestro sistema productivo.

Resulta muy difícil fijar una cifra exacta de cuántos españoles han emigrado y cuándo en los últimos años. La estadística en este punto no puede ser fiable por distintos motivos, entre ellos la falta de inscripción en los registros consulares, lo cual deja en entredicho la actuación diplomática en este caso. A pesar del alarmismo con que esta situación se ha tratado en los medios y, a pesar de la falta de precisión de los datos, parece que el flujo migratorio es mayoritariamente de inmigrantes retornados a sus países de origen, tal y como señalé anteriormente. Los movimientos de emigración de españoles, por tanto, actualmente continúan por detrás, a mucha distancia, de la emigración de retorno de extranjeros, así como tampoco corresponde al extendido arquetipo de emigración joven cualificada y de carácter masivo hacia países centrales de Europa³².

³² OBSERVATORIO PERMANENTE ANDALUZ DE LAS MIGRACIONES: *España, ¿País de emigración?: la imagen de éxodo, a prueba de la evidencia estadística*, Tema OPAM núm. 8, 2013.

Lo cierto es que hasta el año dos mil trece la salida era evidente³³, produciéndose a partir de ese momento una ralentización del movimiento migratorio hacia el exterior. Puede dar la sensación de que se produce una emigración masiva, pero eso no es del todo cierto, sin obviar, en cualquier caso, el hecho evidente de que se ha perdido población por esta causa, al tiempo que la realidad no puede ser tan “simplificada y estereotipada”³⁴ como al reducir la cuestión a migrantes económicos frente a migrantes altamente cualificados.

El aumento del número de españoles residiendo en el extranjero refleja en buena medida, aunque no exclusivamente, la salida de nuestro país de miles de inmigrantes nacionalizados, junto con el crecimiento de la cifra de latinoamericanos de origen familiar español, nacionalizados españoles en sus países en aplicación de la Ley de la Memoria. La salida de españoles autóctonos hacia otros países es pequeña y queda superada con creces por la migración hacia España³⁵.

Se puede hablar de una mirada un tanto distorsionada, e interesada a veces, que encuentra explicación, entre otras cuestiones, en la alarmante situación socio-laboral de los jóvenes en España, existiendo también una especie de “efecto contagio”, de forma tal que parece que la emigración se percibe, e incluso se impone, como un recurso más³⁶.

Cabe señalar que existe un patrón que domina desde dos puntos de vista: de un lado, la emigración por riesgo de desempleo (los migrantes económicos), personas a las que se supone un entorno de libertad y movilidad social; y, de otro, la denominada sobrecualificación laboral relativa, basada en un mercado de trabajo precario y segmentado, con escasos apoyos institucionales, debilitados sistemas de I+D+i, así como una infraestructura económica

³³ Un amplio estudio estadístico y demográfico al respecto en MARMOLEJO MARTÍN, J. A.: “Perfil demográfico de la emigración española desde la crisis económica de 2008”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A, Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 73 y ss., quien destaca como, en el año 2013, se llegó a producir la salida de 532303 españoles con destino al extranjero.

³⁴ BURGOS GOYE, M^a. C.: “El papel de las Comunidades Autónomas en el apoyo a la emigración española”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A, Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 319-329

³⁵ En tal sentido, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C.: “La emigración desde España, una migración de retorno”, cit., pág. 1.

³⁶ DOMINGO, A. y BLANES, A.: “Inmigración y emigración en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en AA.VV. (ARANGO, J.; MOYA MALAPEIRA, D.; OLIVER ALONSO, J. y SÁNCHEZ-MONTIJANO, E., Dir.): *Flujos cambiantes, atonía institucional. Anuario de la inmigración en España 2014*, CIDOB, 2015, pág. 119.

deficiente, que ha provocado que haya un excedente de personas con un elevado grado de cualificación, en mayor o menor medida, que no encuentra una ocupación adecuada y acorde con sus capacidades y formación.

Por otra parte, y resulta importante destacarlo, se ha producido también en las dos últimas décadas un notable cambio en la mentalidad de los trabajadores en España, y especialmente de las nuevas generaciones, en tanto que salir al extranjero no se considera ya algo esencialmente negativo y forzado, sino más bien todo lo contrario en numerosas ocasiones, pues existe esa voluntariedad en salir en busca de alcanzar una mayor formación, conocimiento y experiencia en el ámbito laboral, pero también en el personal.

Ahora bien, y en cualquier caso, el hecho de iniciar una movilidad hacia otros territorios en busca de un empleo no libra a los trabajadores del riesgo del infraempleo, el subempleo, la degradación de las condiciones de trabajo y la discriminación³⁷. Se trata, por tanto, de la movilidad “de personas que son literalmente expulsadas de sus territorios y buscan acceder a medios de subsistencia y oportunidades de movilidad social, en su propio país o fuera de él, o bien personas que no encuentran condiciones de empleo acordes a su capacidad y formación en sus lugares de origen”³⁸.

La reciente crisis económica española, de la que parece que se sale en términos económicos pero no en términos sociales³⁹, ha sido una gran influencia en el aumento de la emigración, y aunque parece que ésta comienza a remitir en sus cifras, lo cierto es que la recuperación económica ha traído la consolidación de una cierta tasa de crecimiento del empleo, pero ya no proporciona igual que antes empleos de calidad y bien remunerados, por lo que tampoco se reduce el nivel de pobreza en España, por lo que se asienta aún más la debilidad de nuestro modelo de crecimiento, que se encuentra muy ligado a empleos precarios

³⁷ Se trata, por tanto, de la movilidad “de personas que son literalmente expulsadas de sus territorios y buscan acceder a medios de subsistencia y oportunidades de movilidad social, en su propio país o fuera de él, o bien personas que no encuentran condiciones de empleo acordes a su capacidad y formación en sus lugares de origen”, DELGADO WISE, R.: “Globalización neoliberal y migración forzada: una mirada desde el Sur”, en AA.VV. (BLANCO, C. Dir.): *Movilidad humana y diversidad social en un contexto de crisis económica internacional*, Trotta, Madrid, 2014, págs. 35-37.

³⁸ DELGADO WISE, R.: “Globalización neoliberal y migración forzada: una mirada desde el Sur”, en AA.VV. (BLANCO, C. Dir.): *Movilidad humana y diversidad social en un contexto de crisis económica internacional*, Trotta, Madrid, 2014, págs. 35-37.

³⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: ¿Qué tutela jurídico social para los trabajadores emigrantes?, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, cit., págs. 34-35.

y de baja calidad (en lo que han influido claramente las últimas reformas laborales), con una productividad que se adapta inversamente al ciclo económico y con elevados índices de sobrecualificación entre los trabajadores ocupados.

Pueden establecerse en nuestro país en los últimos años cuatro fases de actuación en virtud del devenir de la actividad económica y el empleo, acompañadas de las correspondientes medidas, constituyendo, además, factores que han influido decisivamente en la emigración española: una primera caracterizada por una política fiscal expansiva con aumento del gasto público productivo y de protección social, buscando paliar los efectos del inesperado y fulminante nivel de desempleo masivo que se produjo en el inicio de la crisis; una segunda, marcada por unas medidas de signo contrario, absolutamente contractivas, con medidas de recorte y reforma de determinadas normativas como la de Seguridad Social; una tercera en la cual se siguen los pasos de la anterior con reformas de la negociación colectiva y congelación de salarios; en fin, una cuarta notablemente distinguida por las medidas de austeridad⁴⁰.

Como se ha destacado, en España existe una barrera que proviene ya de tiempos pasados⁴¹ y es tradicional en nuestro estado y se sigue perpetuando, y no es otra que la relegación de la función investigadora, una crisis en inversión en I+D+i y una evidente desconexión entre las estructuras educativas y las exigencias sociales y económicas. España se encuentra entre los países más alejados del objetivo de gasto en I+D+i respecto al PIB para 2020, lo que supone un grave escollo para mejorar la competitividad estructural de la economía, retraso que se ha agudizado en los tiempos de crisis, que han supuesto una mayor reducción de fondos en este ámbito⁴².

Paradójicamente, en los rankings internacionales de atracción de talento a nivel global, a España se le achaca la falta de adecuación de la formación universitaria en relación con la

⁴⁰ Analizando ampliamente estas fases, CACHÓN GONZÁLEZ, E.: “Factores económicos determinantes de la emigración española”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A, Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 95 y ss.

⁴¹ Al respecto, CIRCULO DE EMPRESARIOS: *Una Universidad al servicio de la sociedad*, Círculo de Empresario, Madrid, 2007, pág. 37.

⁴² Sobre la materia, CES: *La situación de I+D+i en España y su incidencia sobre la competitividad y el empleo*, Informe 02/2015, CES, Madrid, 2015, pág. 133 y ss.

estructura económica del país. Lo cierto es que ese desajuste es evidente, calculándose que hay un 30% de sobrecualificación y un 10% de infracualificación.

Ahora bien, es importante señalar que tal situación no es únicamente un fracaso de la universidad ni de su sistema. Lo es de nuestra clase dirigente y empresarial, que no encuentra la fórmula para canalizar ese potencial humano, o más bien no le importa demasiado. La estructura económica y productiva no es la adecuada y no puede absorber el elevado número de titulados universitarios. Ante tal circunstancia, la única opción posible viene constituida por renovarse realmente, hecho que se ha convertido en una auténtica necesidad.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos destaca, entre otras cuestiones, que muchos estudiantes obtienen titulaciones que el mercado realmente no demanda y que muchos titulados tienen serias dificultades para emplearse, con los efectos que ello puede suponer para un elevado número de personas⁴³, de forma tal que resultaría preciso que “los instrumentos de gobernanza del sistema de educación y formación incorporasen en mayor medida la dimensión del empleo y la empleabilidad”⁴⁴.

Aunque el fenómeno de las migraciones es difícilmente controlable y gestionable por un gobierno, no existe en España un política global de emigración entendida con unos objetivos claros y definidos, con medidas coordinadas y coherentes y una infraestructura normativa e institucional adaptada y actualizada a la realidad de hoy y sus necesidades.

La protección que el Gobierno español ofrece a los expatriados en el ámbito socio laboral se realiza a través de la Dirección General de Migraciones, disponiendo de una estructura organizativa exterior de carácter permanente y con amplia operatividad, que se encuentra constituida y articulada por Consejerías Laborales y de Asuntos Sociales, Secciones Laborales de Seguridad Social y Asistenciales de las Oficinas Consulares y Consejerías de Educación, por lo que cabe apreciar como la presencia de la Administración para proteger a los españoles en el exterior ha sido “continuada y constante”, especialmente a raíz de la aprobación de la Constitución. Sin embargo, no pueden obviarse “los déficits del

⁴³ OCDE: *OCDE Skills Strategy. Informe de diagnóstico España 2015*, Madrid, OCDE/MECD, 2015, pág. 25 y ss.

⁴⁴ CES: *Competencias profesionales y empleabilidad, Informe 3/2015*, CES, Madrid, 2015, pág. 145.

funcionamiento de las oficinas diplomáticas y consulares”⁴⁵, carencias que lógicamente resultaría conveniente analizar y solucionar.

En definitiva, la política de emigración española se encuentra en una difícil encrucijada, debiendo replantear seriamente lo hecho hasta el momento o, más bien, la continua inacción de nuestros poderes públicos en esta materia, con el objetivo de evitar el caudal de consecuencias negativas que todo ello puede acarrear en un futuro tanto a corto como medio y largo plazo.

Es posible que el capital humano que necesitamos para el avance futuro se esté perdiendo en parte a día de hoy. Lo evidente es que estamos saliendo, o, más bien, ya lo hemos hecho, del juego de la competencia por la atracción de nuevas migrantes altamente cualificados (la llamada clase creativa) para pasar a convertirnos en un país exportador de talento, y eso es un lujo que un país con necesidad de crecimiento y renovación no puede permitirse.

No hay ningún marco en España actualmente que permita compensar esta denominada fuga de cerebros, encontrándonos carentes de este tipo de planteamientos, de nuevo quedando a merced de la mano invisible del mercado, y, desde luego, esa no es la mejor situación para un país que como España, tiene pretensiones de mejora dentro del mercado global del trabajo⁴⁶.

La nueva política debe enfrentarse a cuestiones centrales sobre las que diseñar una política que abarque tres elementos fundamentales⁴⁷ de forma coherente y transversal:

⁴⁵ Cuya preocupación, señala alguna investigación al respecto, suele aparecer en ocasiones más centrada en “las cuestiones que tienen lugar en el ámbito local (del Estado extranjero en el que se encuentran) que por cumplir las funciones que tienen encomendadas como integrantes de la Administración del Estado”, ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “El apoyo de la red diplomática y consular a la nueva emigración española”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A, Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, cit., págs. 385-399, quien también señala que “dichas Consejerías laborales, dependientes de la Misión diplomáticas correspondiente, son las encargadas de llevar a cabo en los países de acogida la acción de protección del Estado al emigrante en la parte referente a la asistencia y asesoramiento jurídico-laboral, protección económica, ayuda en materia de educación y formación profesional, seguridad social, etc.”.

⁴⁶ Sobre esta cuestión, en general y ampliamente, KUPTCHS, CH. y PANG, E, F.: *Competing for global talent*, OIT, Ginebra, 2006.

⁴⁷ En este punto, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: ¿Qué tutela jurídico social para los trabajadores emigrantes?, en AA.VV. (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A, Dir.; DURÁN BERNARDINO, M., Coord.): *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, cit., pág. 41.

1.- Articular mecanismos para retener el talento y garantizar que la emigración sea una opción voluntaria en términos socioeconómicos. Es decir, atender a la faceta negativa del derecho, traducida en unas adecuadas condiciones económicas y sociales que hagan innecesario y menos atractivo un proyecto emigratorio. Existe demasiada desigualdad y eso se debe solucionar, resultando de vital importancia la implementación de políticas de empleo efectivas, habida cuenta de que ahora son disfuncionales y no parece que se reconsidere un modelo productivo que no da los frutos deseados.

2.- Gestionar adecuadamente los procesos emigratorios para que se realicen en las mejores y adecuadas garantías jurídico sociales.

Se necesitan medidas renovadoras del estatus social del emigrante español en el extranjero, así como financiación a estas cuestiones y tutela a estas personas. Deben ponerse en marcha programas de ámbito nacional y no sólo de Comunidades Autónomas que a la larga acaban generando desigualdad y, por tanto, discriminación entre los emigrante según pertenezcan a uno u otro territorio del Estado. En este punto existe una patente falta de conexión y un exceso de medidas exclusivamente económicas en forma de subvención, careciendo de un muy necesario modelo de interacción público-privado en la materia

3.- Diseñar una política de retorno lo suficientemente atractiva para los flujos de emigración y el capital humano perdido. Se deben establecer estrategias conjuntas y no depender de planes y programas específicos y dispares que han puesto en marcha algunas Comunidades Autónomas.

En definitiva, los poderes públicos deben actuar y no dejarlo todo a la iniciativa privada o fiarlo a la suerte del propio emigrado, en tanto ésta no puede ser una opción, pues les pone en una nueva situación de riesgo.