

Laboral

## Gestión colectiva de contrataciones en origen: normas de desarrollo para la migración estable y la migración circular

Anualmente se regulan los aspectos más procedimentales de la contratación colectiva en origen. Ahora, la adaptación de esta regulación a las modificaciones introducidas en materia de extranjería y la reforma de la contratación laboral obligan a introducir novedades importantes, entre otras, la distinción entre la migración circular para trabajos fijos discontinuos y la migración estable para el resto de la contratación indefinida.

### LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. La Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2023, desarrolla aspectos de la contratación de sumo interés. Con vigencia anual del 1 de enero al 31 de diciembre del 2021, como viene siendo habitual en este tipo de medidas, su principal finalidad es que la contratación laboral en origen se haga mediante dos modalidades (la migración estable y la migración circular), según que se pueda cubrir la necesidad mediante un contrato fijo discontinuo (migración circular) o no (migración estable). A estos efectos, se considera migración estable la contratación de trabajadores en origen de forma colectiva mediante la gestión simultánea de sus autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena para atender a la cobertura de puestos

estables que no deban ser objeto de contratos fijos discontinuos. Su tramitación se realizará de forma colectiva y se basará en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones.

Por su parte, la migración circular supondrá la concesión de autorizaciones de trabajo de cuatro años de duración que habiliten para trabajar y residir por un periodo máximo de nueve meses al año en un único sector laboral y que estén basadas en una contratación fija discontinua para atender a la cobertura de puestos con naturaleza estacional, de temporada o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos. La vigencia de estas autorizaciones estará supeditada a que la persona contratada por este procedimiento cumpla con su compromiso de retorno

a su país de origen inmediatamente tras la finalización de la actividad laboral y al mantenimiento de las condiciones que justificaron la concesión de la autorización, siendo llamado de nuevo, en este caso, en la siguiente temporada o estación, o en el siguiente periodo, de acuerdo con lo establecido en su contrato. Estas autorizaciones se concederán para un único empleador, sin perjuicio de algunas posibilidades de cambio de empleador y concatenaciones, de acuerdo con lo previsto en esta normativa. Las ofertas de empleo tanto de carácter estable como circular podrán formularse de forma genérica o nominativa. Por lo común, se formularán de forma genérica cuando se solicite la concesión de una autorización inicial y de forma nominativa cuando se refieran a varios trabajadores extranjeros concretos.

En esta migración circular (para contratos fijos discontinuos) las ofertas podrán desarrollarse en tres modalidades, a saber: ordinarias —presentación de una única oferta en la misma solicitud por parte de un empresario o por un número reducido de empresarios para un número reducido de trabajadores—; unificadas —la presentación se realizará de forma única a través de una organización empresarial representante para la gestión conjunta de las ofertas presentadas por distintos empleadores—, y concatenadas —se puede presentar una solicitud de gestión enlazada de campañas o actividades, tratando de aprovechar al máximo la estancia de determinados trabajadores a los que, con una única solicitud, una autorización de residencia y trabajo y un solo visado se les permitirá desplazarse sucesiva e ininterrumpidamente a diferentes actividades en la misma o distinta provincia en un mismo proyecto o cadena de concatenación—.

Las ofertas de empleo, tanto las genéricas como las nominativas, deberán contener un número mínimo de diez puestos de trabajo. Po-

drán presentarse solicitudes que, acumulando ofertas de dos o más empleadores, sumen dicho número. Los puestos incluidos dentro de una misma oferta de empleo deberán reunir características homogéneas de forma que permitan su tramitación acumulada. Se presentarán tantas ofertas de empleo como sean necesarias, de tal modo que en cada una de ellas los puestos reúnan características homogéneas. En concreto, deberán ser coincidentes los elementos siguientes: el país al que se oriente la contratación, el código de ocupación, el empleador, la provincia del centro de trabajo y la fecha de inicio de la actividad, así como, en los supuestos de migración circular, la fecha de fin de la actividad, la fase de la campaña, en su caso, y el tipo de gestión (ordinaria, unificada, o concatenada). En las ofertas deberán describirse con precisión tanto las condiciones laborales ofrecidas como el lugar y el tipo de trabajo, su duración, la remuneración, las horas de trabajo semanales o mensuales, el importe de los permisos retribuidos, las fechas de inicio de la actividad, la forma de pago y la fecha prevista de la finalización de la actividad, sin que ello pueda sustituirse por referencias genéricas al convenio colectivo o a otras normas laborales. En los casos en que la oferta se dirija a países con un idioma oficial distinto del español, se facilitará la traducción de las condiciones de la oferta de empleo a un idioma que los destinatarios comprendan.

2. En todo caso, para solicitar la gestión de estas ofertas de empleo estarán legitimados los empleadores que deseen contratar trabajadores extranjeros siempre que estos últimos no se hallen ni residan en España. Los empleadores podrán presentar las correspondientes solicitudes, preferentemente por medios electrónicos, de forma directa o por medio de las organizaciones empresariales representantes, siempre que no se trate de empresas de trabajo temporal.

A estos efectos, los empleadores deberán garantizar una serie de condiciones a los trabajadores. Así, con carácter básico, destacan dos de ellas:

- En primer lugar, la actividad continuada durante la vigencia de la autorización solicitada. En el sector agrario se considerará continuada la actividad que no sea inferior a un 85 % del tiempo de trabajo habitual en el sector, por lo que el número de jornadas o de horas de trabajo cotizadas en relación con un trabajador se corresponderá con este límite mínimo. El cumplimiento de esta garantía por el empleador podrá ser objeto de verificación por la Administración durante todo el periodo de vigencia de la autorización concedida.
- En segundo lugar, el cumplimiento del contrato y de las condiciones de trabajo. El contrato de trabajo que se suscriba deberá contener las mismas condiciones previstas en la oferta de empleo de la que la autorización de residencia y trabajo trae causa y sobre el que se producirá su inscripción en el servicio público de empleo competente y el alta en la Seguridad Social. Los contratos habrán de ser firmados por los trabajadores y deberán contener los elementos esenciales y la definición del salario neto, debiendo el empleador cumplir todas las cláusulas contenidas en los contratos de trabajo suscritos con los trabajadores y respetar las condiciones reflejadas en las ofertas de empleo que obtengan autorización, así como cualquier otro elemento que derive de los convenios colectivos aplicables.

Además, existen otras obligaciones empresariales asimismo importantes: en primer lugar, la elaboración de un plan específico de

contingencia que contenga una evaluación de riesgos y documente las distintas medidas organizativas, técnicas y de higiene adoptadas en cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos y las sanitarias preceptivas, medidas que se extenderán al alojamiento que el empleador deberá poner a disposición de los trabajadores, así como, en su caso, a los desplazamientos en medios de transporte proporcionados por el empleador; en segundo lugar, y precisamente en estos términos, la puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor, así como en las recomendaciones sanitarias, debiendo quedar garantizada, en todo caso, la habitabilidad e higiene adecuada del alojamiento. El cumplimiento de esta garantía por el empleador podrá ser objeto de certificación o verificación. En la migración circular, este alojamiento deberá facilitarse durante la vigencia del contrato de trabajo. En el caso del sector agrícola, las condiciones mínimas del alojamiento se recogen en los documentos que el empleador ha de cumplimentar. La puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado se extenderá más allá de la vigencia del contrato en caso de que concurren causas sobrevenidas de fuerza mayor y hasta la finalización de éstas. En tercer lugar, también está obligado el empleador a organizar los viajes de llegada a España y, en el caso de la migración circular, de regreso al país de origen, asumiendo, como mínimo, el coste del primero y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada o salida situado en España y el lugar de alojamiento. Esta obligación se extenderá a cada uno de los desplazamientos anuales durante la vigencia de la autorización plurianual en la migración circular y al primer desplazamiento en la migración estable.

Asimismo, la parte empleadora queda obligada a informar a la representación legal de

los trabajadores, en el marco de las campañas agrícolas, para que dichas organizaciones puedan asesorar a aquéllos. Corresponde al empleador también lo siguiente:

- La adopción de las medidas dirigidas a dar cumplimiento a los requisitos de control sanitario exigidos en el control fronterizo o en los desplazamientos intermedios que establezca la autoridad sanitaria competente, asumiendo el coste que derive de ellas.
- La actuación diligente en orden a garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen una vez concluida la actividad laboral.
- La facilitación a los trabajadores del acompañamiento, asistencia e información básicas, especialmente, en relación con el idioma y respecto a las características de su contratación, a la actividad que van a desarrollar, al registro diario de la jornada que permanecerá a disposición de los trabajadores y a los derechos y obligaciones de éstos; facilitará y promoverá la intervención de la representación legal de los trabajadores o, en su caso, de las organizaciones sindicales presentes en la Comisión Provincial de flujos migratorios o, en su caso, en la Comisión Provincial relativa a las campañas agrícolas. Igualmente, se deberá facilitar información y formación específica y actualizada sobre las medidas específicas de prevención que se implanten para hacer frente al SARS-CoV-2 y las pautas de actuación ante la posible aparición de casos.
- Finalmente, el empleador deberá disponer de las medidas previstas en todos aquellos planes o protocolos a cuya realización se encuentren obligados los empleadores de conformidad con la

normativa vigente en materia de igualdad, de prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo y otras.

3. En la migración circular, la entrada del trabajador en territorio español durante la vigencia de la autorización plurianual de cuatro años se producirá en los términos previstos en la autorización de residencia y trabajo concedida y en los términos contractuales establecidos. En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, el extranjero deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la oficina de Extranjería o la comisaría de Policía correspondientes. La presentación de la tarjeta de identidad del extranjero será documento suficiente, durante la vigencia de la autorización, para el cruce fronterizo, además de ir acompañada con el correspondiente pasaporte o documento válido para la entrada en el territorio nacional. En todo caso, los titulares de la autorización plurianual de trabajo de cuatro años, una vez finalizada la prestación laboral, deberán regresar a su país de forma inmediata y acreditar dicho retorno en tiempo y forma. El retorno se efectuará preferentemente de manera colectiva. La vigencia de la autorización de residencia y trabajo cuatrianual en los programas de migración circular estará supeditada al cumplimiento diligente por parte del trabajador de sus obligaciones contractuales durante toda la vigencia del contrato, salvo impedimento justificado, y del compromiso de retorno y su debida acreditación. Las empresas, individualmente o a través de las organizaciones empresariales —en función de cómo se haya presentado la solicitud—, deberán informar a la Subdelegación o Delegación del Gobierno, en un plazo de cuarenta y ocho horas, del listado de los trabajadores que han entrado en España y que han retornado a su país de origen tras

la finalización de la actividad laboral. Serán éstos asimismo los órganos competentes para autorizar el cambio de empleador y el ámbito geográfico para la prestación de servicios, en su caso, si bien la autorización quedará referida siempre a la misma ocupación y sector de actividad.

La normativa prevé que las autorizaciones para la migración circular puedan prorrogarse tras la finalización de su vigencia, por iguales periodos. Esta prórroga podrá ser solicitada por el mismo empleador e irá acompañada de la correspondiente memoria, informe técnico o documento justificativo que acredite la necesidad de la prórroga. Tras la concesión de la prórroga deberá procederse a la expedición del correspondiente visado para el trabajador. Por otra parte, las personas que hayan sido titulares de autorizaciones de residencia y trabajo plurianuales de cuatro años, y siempre que mantuvieran y cumplieren los requisitos de estas autorizaciones durante su vigencia, incluido el compromiso de retorno, podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo de dos años de duración que habilitará para trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia. Esta solicitud deberá realizarse, una vez efectuado el retorno a su país de origen, en el periodo de los seis meses posteriores a la finalización de la vigencia de la autorización de residencia y trabajo y será prorrogable dicha autorización por otros dos años más.

4. Existen una serie de disposiciones de naturaleza administrativa para la gestión de ofertas genéricas de empleo en la migración tanto circular como estable en relación con la presentación de solicitudes, plazos u órganos competentes para la tramitación de aquéllas. Procede destacar, entre otras, que la solicitud de oferta genérica de empleo la podrá realizar una empresa que pertenezca al mismo grupo o sea de la misma titularidad que la

empresa contratante y no tenga como actividad única o principal o accesoria la selección de trabajadores.

Para las ocupaciones que requieran una certificación de aptitud profesional o habilitación específica para el desempeño del trabajo, la autorización de residencia y trabajo estará supeditada a la obtención de este requisito. En tal caso, se prevé la concesión de una autorización provisional y no prorrogable de residencia de seis meses para la formación que no habilitará para trabajar y cuyo objetivo será el de obtener dicha certificación. Con todo, el seguimiento de la contratación en origen se coordinará desde la Dirección General de Migraciones, que informará trimestralmente a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y contará con la colaboración de delegaciones y subdelegaciones del Gobierno o de los órganos competentes de las comunidades autónomas (cuando tengan traspasadas las competencias ejecutivas en esta materia).

Asimismo, las solicitudes se presentarán con una antelación mínima de tres meses al inicio de la actividad laboral prevista en ellas, sin perjuicio de su presentación con una antelación mayor que no será, en ningún caso, superior a seis meses respecto a la fecha de inicio de la actividad laboral. Entre los documentos que se han de aportar, además de la identificación fiscal y la razón social del empleador, figura el que acredite que este último dispone de medios económicos, materiales o personales suficientes para el proyecto y la memoria justificativa de la oferta. A su vez, el órgano competente para la concesión verificará de oficio que las condiciones fijadas en la oferta son las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría y ámbito territorial; que los empleadores no tienen deudas tributarias o de Seguridad Social, y que la oferta tramitada por el servicio público

de empleo coincide plenamente con la de la solicitud presentada. En todo caso, las ofertas se orientarán preferentemente a los países con los que España tiene suscritos acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios (la normativa reconoce expresamente a Colombia, Ecuador, Marruecos, Mauritania, Ucrania, Honduras y la República Dominicana) o, subsidiariamente, instrumentos de colaboración en esta materia (Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Cabo Verde, Senegal, Mali, Níger, México, El Salvador, Filipinas, Paraguay y Argentina), o con los que los suscriba, en su caso, en el periodo de vigencia de esta orden.

5. Esta regulación adapta las reformas introducidas tanto en el ámbito de la extranjería y los permisos de residencia y trabajo como en el nuevo marco de contratación laboral, tendente a la conservación de una relación estable. El modelo de migración circular es la prueba manifiesta de la apuesta por un contrato fijo discontinuo frente a la antigua presencia de los «temporeros» extranjeros. Los ajustes entre la norma y su gestión se producen en los numerosos anexos que configuran cada situación y que podrían ser objeto de análisis cada uno considerado en sí mismo, con elementos tan importantes como el «descuento por alojamiento, si procede» —antes recogidos como gastos a cargo del trabajador— o las condiciones de habitabilidad del alojamiento para trabajadores de campaña en el sector agrícola —mucho más detalladas y precisas que en modelos anteriores—. De hecho, algunas dudas que surgen en la interpretación de la norma pueden ser resueltas con el contenido de estos documentos preceptivos.

La dualidad entre la migración estable y la circular obliga a descartar las necesidades estrictamente temporales que deberán ser cubiertas por el empleador, en su caso, con trabajadores nacionales o extranjeros que no

supongan contratación colectiva. La contratación fija discontinua supone, por su parte, la necesidad de aplicar el régimen laboral propio de ella, salvo en los aspectos que module esta normativa. Así, por ejemplo, el hecho de que se conceda la autorización por cuatro años de duración —no parece que se prevea una duración inferior, salvo en caso de incumplimiento—, eso sí, para residir y trabajar tan sólo nueve meses al año —en este caso, deberá entenderse como máximo, pues las necesidades productivas pueden ser inferiores a este periodo—, representa una modulación del régimen general. Al margen de la duración, cuando finalice la actividad, el trabajador deberá retornar a su país de origen y tendrá que ser llamado en la siguiente temporada o en el siguiente periodo, según lo establecido en el contrato. Por lo tanto, existe una cierta flexibilidad en el manejo de los periodos de nueve meses y de las obligaciones de retorno, si bien deberá reflejarse la previsión tanto en la oferta de empleo como en la contratación, considerando que la actividad del trabajador ha de ser continuada durante la vigencia de la autorización solicitada y evitando periodos de inactividad sin retorno al país de origen.

Destacan, en este punto, las diversas posibilidades para el empleador de realizar ofertas —ordinarias, unificadas o concatenadas— que, según el sector de actividad, facilitarán la adaptación de las necesidades productivas a la contratación colectiva. Y, aquí, pueden plantearse dificultades aplicativas si se parte de la referencia al desarrollo de la actividad del trabajador en un «único sector laboral», aunque se consienta la concatenación de actividades con empleadores distintos del originario. Porque, si bien es cierta la referencia indicada, también lo es que, al menos en el caso de la contratación concatenada, se admite el desplazamiento sucesivo e ininterrumpido a diferentes actividades «en la misma o distinta provincia en un mismo

proyecto o cadena de concatenación», que bien pudiera desarrollarse —aun cuando la hipótesis resulte difícil— dentro de diferentes sectores laborales. La presencia casi plena en la norma del sector agrícola puede explicar estas divergencias aplicativas que, en la práctica, no deberían ser difíciles de resolver. Por lo demás, el hecho de tener que reunir en la oferta al menos diez puestos de trabajo, pero permitir que se acumulen ofertas de diferentes empleadores para configurar este mínimo, supone también un rasgo de flexibilidad añadido. Quizá haya un elemento de rigidez, y es que las ofertas de empleo deberán ser «homogéneas» (describirán cuáles son los rasgos de identidad), debiendo, en caso contrario, efectuar la gestión de ofertas distintas. Por otra parte, la autorización por formación y las posibilidades de prórroga de las autorizaciones concedidas suponen un incentivo tanto para el empleador —aquel que esté interesado en mantener la misma contratación— como para el trabajador —que amplía sus opciones de permanencia estable en territorio nacional, incluido su desarrollo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, ya al margen de la contratación colectiva en origen—.

Se percibe, quizá, un incremento de obligaciones empresariales en un exceso de tutela sobre el cumplimiento de medidas preceptivas ya existentes con anterioridad. La descripción detallada de las condiciones de habitabilidad, las precisas

indicaciones sobre el contenido del contrato de trabajo, la exigencia de un plan específico de contingencias, la organización de viajes de ida y vuelta durante los cuatro años en caso de migración circular, la participación de la representación legal de los trabajadores, la asistencia para facilitar la comprensión del idioma —en su caso—, la intervención en la tramitación de la documentación sobre extranjería y la extensión lógica de toda la normativa laboral a estas contrataciones colectivas en origen manifiestan un celo especial en la preservación de los derechos de los trabajadores contratados a través de esta modalidad. Particular mención merecen, en este sentido, las obligaciones derivadas del retorno de los trabajadores que, del mismo modo que fueron contratados de manera colectiva, deberán retornar de forma colectiva, preferentemente. Ahora bien, comoquiera que la autorización en la migración circular está supeditada al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de cada trabajador, será éste el que deba responder de las consecuencias del incumplimiento, salvo de las imputables exclusivamente al empleador, como ésta del preceptivo retorno del trabajador en este caso individual. No obstante, y en contraprestación a este incremento obligacional empresarial, la oferta de los empleadores ya no estará constreñida a países concretos, aun cuando se admita la preferencia de aquellos que mantienen acuerdos o instrumentos de colaboración con España sobre flujo migratorio.