

**SISTEMAS DE PUNTOS Y DIRECTIVA *BLUE CARD*:
COMPETICIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD
EN LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACION
ALTAMENTE CUALIFICADA
EN LA UNIÓN EUROPEA**

***POINTS BASED SYSTEMS
AND THE BLUE CARD DIRECTIVE:
CONCURRENCE AND COMPLEMENTARITY
IN THE REGULATION OF HIGHLY SKILLED
MIGRATION IN THE EUROPEAN UNION***

SARA IGLESIAS SÁNCHEZ*

Resumen: *La Unión Europea ha decidido involucrarse en la competición internacional por la inmigración altamente cualificada a través de la Directiva Blue Card. No obstante, dos de los tres Estados miembros que quedan fuera de la aplicación de la Directiva han introducido sistemas de puntos, basándose en las experiencias positivas de terceros países en sus resultados para atraer este tipo de inmigración. Esta coexistencia de sistemas alternativos basados en presupuestos diferentes en la Unión Europea nos lleva a plantearnos qué sistema es el más efectivo en su función de atraer inmigración cualificada, y cuáles son los efectos de esta coexistencia en la política de inmigración común. A la vista de estas consideraciones, nos planteamos cuál es realmente el valor añadido de la directiva comunitaria.*

* Beca Robert Schuman. Parlamento Europeo.

Palabras Clave: *Trabajadores altamente cualificados; Directiva «Tarjeta Azul»; Sistemas de puntos; Política de inmigración común de la Unión Europea; Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.*

Abstract: *The European Union has decided to get involved in the global competition for highly skilled workers by adopting a new legal instrument: the Blue Card Directive. Nonetheless, two of the three Member states that do not participate in the application of the Directive have opted for a different approach, relying in the model of the «points based systems» successfully applied by some third countries. The coexistence of alternative systems to attract qualified workers in the European migration arena poses several questions with regard to the effectiveness of both methods and to their effects in the construction of a common migration policy. After analyzing these issues, we will assess the extent to which the Directive offers a significant added value.*

Key Words: *Highly skilled workers; Blue Card Directive; Points Based Systems; EU Common Immigration Policy; Area of Freedom, Security and Justice.*

1. INTRODUCCIÓN

Las tendencias normativas actuales se caracterizan por su eminente tenor restrictivo con respecto a las corrientes migratorias, por su carácter selectivo y por la competencia internacional por los trabajadores «altamente cualificados». Esta tendencia se basa en la premisa de que la inmigración cualificada lleva aparejada efectos beneficiosos para las economías receptoras en contraposición con la inmigración no cualificada, cuyos efectos son más controvertidos¹. El escenario internacional sitúa a los Estados Unidos, Canadá, Australia y Suiza como los Estados que, hasta el momento, muestran un potencial de atracción mayor para estos «migrantes» deseados por todas las economías desarrolladas². La Unión Europea, como actor global,

¹ Véase VON WEIZSÄCKER, J. (2006): «A European Blue Card Proposal, Horizons stratégiques», *Revue trimestrielle du Centre d'analyse stratégique*, n.º 1, 2006.

² Así lo señala la propia Comisión Europea, poniendo de manifiesto que «estudios recientes muestran, por ejemplo, que el 54% de los inmigrantes de primera generación Med-MENA con título universitario residen en Canadá y los EE.UU., mientras que el 87% con nivel inferior a primaria, y

pretende aunar las fuerzas de sus Estados miembros en esta competición internacional, a través de una norma destinada a armonizar las condiciones de admisión y residencia de trabajadores altamente cualificados³. Dicha norma es también conocida como Directiva sobre la «Tarjeta Azul», denominación que resulta más significativa en su versión en inglés, ya que la alusión a la *Blue Card* emula —al menos en cuanto al nombre— el conocido sistema de *Blue Card*, pretendiendo ofrecer como principal elemento de atracción, al igual que su homónimo norteamericano⁴, un amplio espacio cuasi-federal de movilidad en el cual los individuos puedan desarrollar actividades económicas bajo un estatuto jurídico uniforme y particularmente beneficioso.

La necesidad de acción conjunta a nivel europeo en esta materia encuentra su raíz en el hecho de que los Estados miembros, actuando individualmente, no sólo han demostrado poseer una insuficiente capacidad de atracción de trabajadores altamente cualificados procedentes de terceros Estados, sino que además se han probado incapaces de retener a sus propios nacionales altamente cualificados, que proceden por su parte a abandonar las economías europeas en busca de salarios más competitivos y sistemas de valoración más meritocráticos⁵.

No obstante, la tarea de armonizar los procedimientos de admisión de trabajadores altamente cualificados a través de la Directiva *Blue Card*, se encuentra afectada por las vicisitudes intrínsecas a la particular arquitectura jurídica de las competencias europeas en

con nivel de primaria o de secundaria, están en Europa». Comunicación COM (2005) 669 final. *Plan de Política en materia de inmigración legal*, p. 7. En la evaluación de impacto presentada junto con la propuesta de Directiva, la Comisión estimaba que la Unión Europea, con un 1,72% de inmigración altamente cualificada se situaba marcadamente detrás de Australia (con un 9,9%), Canadá (7,3%), Suiza (5,3%) y Estados Unidos (3,2%). Véase el documento de la Comisión SEC, 2007, 1382.

³ Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las Condiciones de Entrada y Residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado *D.O.L.* 155, de 18 de junio de 2009, pp. 17-29.

⁴ Esta semejanza terminológica, que consideramos significativa, es el motivo de que mantengamos la alusión a la Directiva como Directiva *Blue Card* a lo largo de este trabajo.

⁵ COSTELLOE, S.: «Creating a more attractive European Union –is the EU *Blue Card* just cosmetic?», *Canada-Europe transatlantic dialogue*, Policy Memo, 2009, disponible en <http://www.carleton.ca/europecluster>.

materia de inmigración, donde diversos Estados miembros —Reino Unido, Irlanda y Dinamarca— han impuesto su voluntad de permanecer al margen de todo avance en esta materia, a través del sistema de *opting-out* inserto en los Tratados⁶. Haciendo uso de esta posibilidad, ninguno de estos Estados miembros ha participado en la adopción de la Directiva *Blue Card*, cuyas disposiciones tampoco les son de aplicación. Esta autoexclusión pone en cuestión los esfuerzos comunes encaminados a fomentar la capacidad de atracción de la Unión Europea no únicamente por el hecho de que tres Estados miembros queden fuera del espacio económico ofrecido a los trabajadores altamente cualificados a través del estatuto ligado a la *Blue Card*, sino porque adicionalmente, dichos Estados participan a su vez en la competición internacional por este tipo de mano de obra. En efecto, dos de los tres Estados que permanecen al margen de la política de inmigración común —Reino Unido y Dinamarca— han diseñado como parte fundamental de sus sistemas migratorios independientes un sistema de puntos encaminado a atraer a inmigración altamente cualificada⁷.

Los sistemas basados en puntos del Reino Unido y Dinamarca representan una opción alternativa al modelo normativo del sistema de la *Blue Card*, y se basan en las experiencias positivas de países como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, que introdujeron sistemas de puntos en 1967, 1989 y 1991 respectivamente⁸. La característica distintiva de los sistemas de puntos reside en que el elemento determinante en el proceso de admisión son los méritos y características del individuo —tales como su nivel educativo, experiencia y ocupaciones previas, nivel salarial previo, idiomas y edad—, lo que permite determinar la admisibilidad de un trabajador altamente cualificado

⁶ Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Protocolo n.º 22 sobre la posición de Dinamarca, anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁷ Irlanda, por el contrario, tiene en marcha un sistema de *Green Card* basado en la existencia de una oferta de empleo, cuyos elementos centrales son la cuantía de los salarios, y una lista de ocupaciones en las cuales existen carencias en el mercado laboral nacional. Para más información puede verse: www.citizensinformation.ie.

⁸ PAPADEMETRIOU, D. G.: «Selecting Economic Stream Immigrants through Points Systems», *Migration Policy Institute*, 2007, available at <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?id=602>.

de una forma relativamente independiente de la existencia de una oferta concreta o de un contrato de trabajo, es decir son sistemas basados en la oferta de mano de obra (*supply-driven approach* en contraposición al *demand-driven approach*).

La coexistencia en el ámbito de la Unión Europea de estos sistemas alternativos presenta múltiples interrogantes. En primer lugar, nos preguntamos cual de estos sistemas es más eficiente a la hora de perseguir sus objetivos. Esta cuestión lleva a la necesidad de proceder a un análisis comparado de ambos sistemas para vislumbrar sus semejanzas y diferencias, así como la envergadura y significación de estas. En segundo lugar, nos planteamos la problemática de la interacción entre el sistema de la Directiva *Blue Card*, los sistemas de puntos que permanecen al margen de la armonización, y la persistencia de un amplio margen de apreciación en manos de los Estados miembros que sí participan en la aplicación de la Directiva.

Por otra parte, si bien nuestro análisis se centra en el estudio y la comparación del régimen creado por la Directiva *Blue Card* con los sistemas de puntos, nuestro término de comparación fundamental quedará constituido por el Reino Unido, limitándose nuestras referencias a Dinamarca allá donde lo consideremos especialmente significativo. La elección del Reino Unido como Estado miembro de referencia para la valoración de la Directiva 2009/50/CE no viene motivada únicamente por la autonomía y diferenciación de la política migratoria británica derivada de la opción brindada por los protocolos mencionados, característica que comparte con Dinamarca. Reino Unido es sin duda un competidor interno de mayor envergadura, por el tamaño de su economía, por el dinamismo de su mercado laboral y por el elemento nada irrelevante de que la lengua hablada sea el inglés, lo cual supone una innegable ventaja comparativa.

2. LA REGULACIÓN EUROPEA SOBRE LA ADMISIÓN DE TRABAJADORES ALTAMENTE CUALIFICADOS: LA DIRECTIVA BLUE-CARD

El criterio inspirador de la evolución de la política comunitaria en materia de inmigración legal, junto con el proclamado «enfoque global» que aúna la política migratoria con la cooperación al desarrollo, es su estrecha vinculación con las necesidades de los

mercados de trabajo y la economía de los Estados miembros. Ello ha sido repetidas veces enunciado al más alto nivel, en el *Programa de la Haya*⁹, en el Plan de política en materia de inmigración legal presentado en el año 2005¹⁰, y se ha afirmado cada vez con mayor contundencia, especialmente por el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo adoptado en el año 2008¹¹, perpetuándose este enfoque en el Programa de Estocolmo, que define la estrategia para los próximos años¹².

En este contexto, se reconoce al más alto nivel institucional la necesidad de la migración como contrapeso a los cambios demográficos y la estrecha vinculación de la misma al éxito de la malograda Estrategia de Lisboa. El objetivo de convertir a la Unión Europea en la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo necesita de la inmigración internacional y en el punto de mira se encuentran investigadores y trabajadores altamente cualificados.

Como es bien sabido, el intento de una regulación completa de la migración económica en el marco de la política común de inmigración ha sido abandonado, a la vista de las notables reticencias de los diferentes Estados miembros. Así, según ha anunciado la Comisión tras atender a los resultados del debate público producido tras el rechazo de su propuesta sobre la inmigración económica en el marco del *Libro Verde*¹³, únicamente serán abordados a nivel comunitario aquellos sectores de la inmigración económica sobre los cuales existe un consenso entre los Estados miembros sobre su necesidad para la economía y los mercados de trabajo. Se desarrolla, así, una doble aproximación al fenómeno de la migración económica: por una parte, se adoptarán normas particulares que estén destinadas a regular el procedimiento de admisión de categorías de inmigrantes

⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2005): «Programa de la Haya: consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea», *D.O. C. 236*, de 24 de septiembre de 2005.

¹⁰ Comunicación de la Comisión sobre un *Plan de política en materia de migración legal COM*, 2005, p. 669 final. No publicada en el *Diario Oficial*.

¹¹ Documento del Consejo 13.440/2008 y Conclusiones de la Presidencia recogidas en el documento del Consejo 14.368/2008.

¹² Documento del Consejo 16.484/1/09 de 25 de noviembre de 2009.

¹³ *Libro Verde*, de 11 de enero de 2005, sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas, *COM*, 2004, p. 811.

sobre las que existe previo acuerdo¹⁴; por otra parte, se adoptará una norma general que contenga los derechos básicos de todas las personas admitidas, ya fuera por procedimientos nacionales o armonizados. Con respecto a las directivas sectoriales, la única presentada por la Comisión hasta el momento ha sido la relativa a la admisión de trabajadores altamente cualificados, formalmente aprobada el 25 de mayo de 2009 y cuyo período de transposición finaliza el 19 de junio de 2011.

Veamos, antes de proceder a una valoración general del texto final de la Directiva, cuales son los elementos centrales del sistema, que nos permitirán realizar una comparación con los sistemas de puntos. Para ello nos centraremos en la definición de trabajador altamente cualificado, en la flexibilidad del procedimiento de admisión, y en el estatuto jurídico vinculado al permiso de residencia —acceso al mercado laboral, reagrupación familiar, igualdad de trato—¹⁵.

2.1. Requisitos para ser considerado como trabajador altamente cualificado

Para que una persona sea «elegible» como solicitante de la tarjeta azul, han de cumplirse determinados requisitos relacionados con las cualificaciones de la persona en cuestión, la categoría del empleo ofrecido en el Estado miembro de acogida y su remuneración salarial. Estos requerimientos son los que diferencian a este procedimiento del procedimiento general de admisión de trabajadores, y vienen a sumarse a los tradicionales de estar en posesión de un documento de viaje válido, seguro de enfermedad y no constituir una amenaza para el orden público.

¹⁴ Se prevé que el resto de propuestas sectoriales avanzadas en el Plan de Inmigración Legal sean presentadas en un futuro próximo, y versen sobre la admisión de trabajadores temporeros, aprendices remunerados y trabajadores desplazados dentro de una empresa.

¹⁵ Para una perspectiva histórica, pueden consultarse el resultado de una comparación en el año 2002 conteniendo todos estos elementos. GAIL McLAUGHLAN y JOHN SALT: «Migration Policies towards Highly Skilled Foreign Workers», *Report to the Home Office*, marzo 2002, Migration Research Unit Geography Department University College London.

Con carácter previo hay que señalar que la Directiva no pretende regular tanto la entrada de trabajadores altamente cualificados, como la entrada para fines de empleo altamente cualificado, es decir, la admisión de estas personas no depende únicamente de sus cualificaciones profesionales sino que queda además limitada por la categoría del trabajo a ser desempeñado. Así, el requisito principal a ser cumplido es predicable del puesto de trabajo a ser cubierto, que ha de ser un «empleo altamente cualificado». La existencia de una oferta de trabajo que pueda ser caracterizado de «altamente cualificado» es la que desencadena, por lo tanto, la aplicación del procedimiento creado por la Directiva.

Para evitar una mera referencia al título académico sin tener en consideración otros factores relevantes, la Directiva sigue la siguiente secuencia lógica para determinar qué constituye «empleo altamente cualificado». La noción del «empleo altamente cualificado» se determina por remisión a la competencia específica y adecuada, demostrada por una «cualificación profesional superior». Esta cualificación profesional puede acreditarse de dos formas alternativas. En primer lugar, se hace referencia a las cualificaciones de enseñanza superior. En segundo lugar y alternativamente, la cualificación puede acreditarse con un mínimo de cinco años de experiencia profesional de nivel comparable a las cualificaciones de enseñanza superior, teniendo esta última vía carácter excepcional con respecto a la primera.

Así pues, se requiere que las personas que deseen utilizar este procedimiento de admisión cuenten con un contrato u oferta laboral de un empleo altamente cualificado, y que además tengan las competencias educativas y/o profesionales para desempeñarlo, es decir, que sean trabajadores altamente cualificados. Quedan excluidas las personas que tengan por objeto la investigación científica¹⁶.

Adicionalmente, se introduce el denominado «criterio salarial». Dicho criterio establece como requisito para la admisión un determinado nivel salarial especificado en el contrato o en la oferta de empleo, que deberá de ser como mínimo 1,5 veces el salario bruto anual medio en el Estado Miembro de acogida¹⁷.

¹⁶ Letra *d*), apartado 2, artículo 3 de la Directiva.

¹⁷ Esto difiere de lo propuesto por la Comisión, que preveía un límite salarial nacional que fuera al menos el triple de la renta mínima que en los Estados miembros diera acceso a la asistencia social. A modo de ejemplo,

No obstante, el criterio salarial es flexible, ya que lo estipulado por la directiva es un mínimo que puede ser modificado al alza por los Estados miembros. La reticencia estatal a la armonización ha quedado patente en la inclusión de un considerando que señala que la única finalidad del criterio salarial es la de contribuir a determinar el ámbito de aplicación de la tarjeta azul, pero «no tiene por objeto determinar los salarios». Esta preocupación pone de relieve la diferencia de niveles salariales existentes entre los Estados miembros, que será perpetuada como un elemento que lleve a una competición por los trabajadores altamente cualificados incluso dentro de la propia Unión Europea¹⁸.

2.2. Elementos principales del procedimiento de admisión

Según establece la propia enumeración de objetivos de la Directiva, se pretende en ella armonizar la regulación de las condiciones de entrada y residencia de los trabajadores altamente cualificados. No obstante, tal y como ha reconocido la propia Comisión a la vista del texto final de la Directiva, se trata de una armonización mínima. En efecto, la norma se caracteriza por haber atendido a las exigencias de muchos de los Estados Miembros, de forma que se hace patente el alto grado de discrecionalidad que estos aún poseen a la hora de determinar la admisión de estas personas. En primer lugar, los Estados miembros pueden decidir quién ha de iniciar el procedimiento de solicitud de admisión: el empleador o el trabajador. Además queda a salvo la competencia de los Estados miembros de determinar los volúmenes de admisión de nacionales de terceros Estados, y de

podemos señalar que la cifra del 1,5 del salario medio bruto en España supondría 32.836 euros anuales (basando nuestro cálculo en el salario medio de 21.890,7 euros para el año 2007, último dato disponible al respecto en Eurostat). Se permite una excepción en los casos en los cuales haya una necesidad particular de trabajadores de los Grupos 1 y 2 de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones Clasificación elaborada en el ámbito de la OIT. Los Grupos 1 y 2 a los que se refiere la Directiva son: directores y gerentes y profesionales científicos e intelectuales. En este caso puede permitirse que el salario sea 1,2 veces el salario bruto anual medio.

¹⁸ COLLETT, E.: «The Proposed European Blue Card System: Arming for the Global War for Talent?», *Migration Policy Center* (2008), disponible en <http://www.migrationinformation.org/feature/display.cfm?ID=667>.

anteponer en todo caso la situación de sus mercados laborales. Adicionalmente, los Estados miembros son libres para aplicar no únicamente la preferencia comunitaria, sino la preferencia de los extranjeros ya residentes legales, o de los residentes de larga duración que deseen trasladarse desde otros Estados miembros. En definitiva, y como ya reconocía la propia Comisión en su propuesta, la directiva no crea un derecho de admisión¹⁹, sino que, aunque la persona en cuestión cumpla todos los requisitos estipulados, seguirá existiendo lugar para la discrecionalidad de los Estados, principalmente, porque su competencia de establecer volúmenes de admisión, según ha quedado también «constitucionalizado» por el Tratado de Lisboa²⁰, queda intacta²¹.

En definitiva, la regulación del procedimiento de admisión de trabajadores altamente cualificados, más que avanzar en la flexibilización de los cauces de admisión, da carta de naturaleza a las rígidas regulaciones ya existentes en los Estados miembros y permite que muchas de las limitaciones actualmente vigentes se mantengan en vigor.

2.3. Estatuto jurídico

Entre los múltiples elementos que componen el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes, determinados elementos ocupan un lugar fundamental y son susceptibles de afectar las decisiones racionales a la hora de elegir un destino. Fundamentalmente, las condiciones de acceso al mercado laboral, la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios —en particular el acceso a servicios y asistencia social—, las condiciones de reagrupación familiar, y la posibilidad de acceder a la residencia permanente, se encuentran entre los elementos que ostentan mayor importancia²².

¹⁹ CERNA, L.: «Towards an EU Blue Card? The delegation of National High Skilled Immigration Policies to the EU level», *Policy and Society Working Paper*, n.º 65, 2008, ESRC Centre on Migration, University of Oxford.

²⁰ En efecto, el artículo 79.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea deja a salvo la competencia de los Estados miembros de determinar los volúmenes de admisión.

²¹ Artículo 6 de la Directiva 209/50.

²² Estos elementos son tradicionalmente examinados en estudios comparativos. Véase e.g.: ZALETEL, P.: «Competing for the highly skilled migrants:

a) *Acceso al mercado laboral*

El acceso al mercado laboral está estrictamente limitado durante los dos primeros años, ya que el interesado únicamente podrá acceder a actividades que cumplan las condiciones para ser consideradas como empleo altamente cualificado, quedando toda modificación de empleador sujeta a autorización previa. Tras esos dos primeros años, a diferencia de lo previsto por la propuesta de la Comisión, los Estados miembros tendrán la opción, pero no la obligación, de conceder la igualdad de trato en relación con el acceso al mercado laboral²³. Los Estados miembros, no obstante, son libres de adoptar a este respecto, disposiciones más favorables²⁴.

b) *Igualdad de trato*

La Directiva reconoce el Derecho a la Igualdad de Trato a los titulares de la tarjeta azul en relación con los nacionales del Estado miembro de acogida con respecto a las condiciones de trabajo; libertades de asociación, afiliación y sindicación; educación y formación; reconocimiento de diplomas, certificados y títulos profesionales; seguridad social; posibilidad de exportar los derechos de pensión de vejez; acceso a bienes y servicios incluida la vivienda y la libertad de circulación. No obstante, se permite que los Estados mantengan restricciones en materia de créditos y becas de estudios y manutención. Asimismo, se incluye una interesante cláusula que indica que «el Derecho a la Igualdad de trato (...) se entenderá sin perjuicio del Derecho del Estado Miembro a retirar o denegar la renovación de la tarjeta azul de la Unión Europea»²⁵. No existe igualdad de trato en materia de asistencia social, y se reserva expresamente a los Estados

implications for the EU common approach on temporary economic migration», *European Law Journal*, 2006, vol. 12, n.º 5, pp. 613-635.

²³ Véase el artículo 12 de la Directiva, que prevé además, limitaciones ligadas al principio de preferencia comunitaria y al ejercicio de la autoridad pública.

²⁴ Véase el artículo 4.2.b. de la Directiva.

²⁵ Esto tiene especial relevancia en relación con las prestaciones de desempleo: a pesar de que existe igualdad de trato en relación con el acceso a las prestaciones de seguridad social, un titular de la tarjeta azul no puede permanecer más de tres meses en paro, ya que ésta ello constituiría causa de extinción de su permiso.

miembros la posibilidad de retirar el permiso de residencia en el caso de que el trabajador recurra a la misma²⁶.

Especial mención merece la aplicación del principio de igualdad de trato al reconocimiento de certificados, diplomas y títulos profesionales, ya que esta cuestión sigue siendo especialmente compleja también en relación con los propios ciudadanos de la Unión²⁷, y no está resuelta su aplicación cuando las cualificaciones o títulos hayan sido obtenidos fuera de la Unión Europea, ya que, en este caso, incluso para los propios ciudadanos de la Unión, la obligación del Estado Miembro de acogida queda limitada a «tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos, así como la experiencia pertinente del interesado, efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por dichos títulos y por dicha experiencia, y, por otra, los conocimientos y capacitación exigidos por la legislación nacional»²⁸.

c) *Condiciones para la reagrupación familiar*

El régimen de reagrupación familiar de los titulares de la tarjeta azul es relativamente más beneficioso que el régimen general determinado por la Directiva 2003/86/CE²⁹, al cual se hacen determinadas excepciones. En primer lugar, se eliminan los períodos de espera y no se exige la existencia de perspectivas razonables de obtener la residencia permanente. Asimismo, se impide que las llamadas «condiciones de integración» puedan ser aplicadas como impedimentos a la reagrupación, de manera que sólo pueden ser requeridas una vez que ésta haya sido concedida. Asimismo, los Estados miembros no pueden aplicar plazos límites con respecto al acceso al mercado laboral de los reagrupados, si bien la aplicación de este apartado se pospone hasta finales de 2011³⁰.

²⁶ Artículo 9.3.d) de la Directiva.

²⁷ COLLET, *op. cit.*

²⁸ Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 2000, *Hocsman*, asunto C-238/1998, *Rec.* pp. I-662, apartado 40.

²⁹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el Derecho a la Reagrupación familiar *D.O.L.* 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12/18.

³⁰ Es curioso que de esta forma, el reagrupado parece tener un acceso más flexible al mercado de trabajo que el propio reagrupante, ya que no se

d) *Acceso a la residencia cualificada*

La Directiva no armoniza el período de validez de la tarjeta azul, únicamente señalando que los Estados miembros otorgarán un permiso de residencia que oscilará entre uno y cuatro años³¹.

Los titulares de la tarjeta azul disponen de un acceso privilegiado a la residencia cualificada en relación con los titulares de otros permisos de residencia «ordinarios», a través de determinadas excepciones a las condiciones requeridas por la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los residentes de larga duración³². Fundamentalmente, las disposiciones más favorables se refieren a la posibilidad de acumular períodos de residencia en los diferentes Estados miembros si se ha hecho uso de las posibilidades de movilidad intracomunitaria de la Directiva 2009/50. Asimismo, para fomentar la migración circular, se prevé que determinadas ausencias del territorio del Estado miembro no penalicen en el cómputo de los períodos requeridos para cumplir con los cinco años de residencia legal que facultan para la obtención del estatuto de residencia de larga duración. Una vez adquirida la residencia de larga duración, su permiso de residencia contendrá una referencia a que la persona es un «antiguo titular de tarjeta azul de la Unión Europea», lo cual le permitirá seguir manteniendo algunos de los derechos asociados al estatuto de trabajador altamente cualificado que son más beneficiosos de lo contemplado en la Directiva sobre el estatuto de los residentes de larga duración³³. Entre estos elementos más beneficiosos se encuentra la aplicación del principio de igualdad de trato con respecto a los derechos de pensión por vejez al trasladarse a un tercer país, y la aplicación de las condiciones más favorables para acceder al estatuto de residencia de larga duración (lo cual únicamente es interesante en el caso de que la persona en cuestión decidiera trasladarse a un tercer Estado miembro). No obstante, las

explicita que aquel deba reunir las condiciones del trabajo altamente cualificado.

³¹ Artículo 7.2 de la Directiva.

³² Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *D.O.L.* 16 de 23 de enero de 2004, pp. 44/53.

³³ En este punto, la Directiva se aparta de la Propuesta de la Comisión, que preveía una auténtica acumulación de estatutos a través del permiso de «residente de larga duración-CE/titular de la tarjeta azul».

condiciones más favorables aplicables a la reagrupación familiar no están contempladas entre las disposiciones que seguirían aplicándose a los trabajadores altamente cualificados que obtengan el estatuto de residencia de larga duración.

A este respecto, hay que señalar que algunos Estados miembros incorporaban en sus regulaciones anteriores a la transposición de la Directiva condiciones más favorables de acceso a la residencia permanente, que pueden, a nuestro entender, mantenerse en vigor³⁴.

e) *Derechos de movilidad intracomunitaria*

Desde los momentos de la concepción inicial de la Directiva *Blue Card* por el Plan de política en materia de inmigración legal de 2005, se planteó la inclusión de derechos de movilidad intracomunitaria como un elemento que aumentaría el atractivo de la Unión Europea como destino para los trabajadores altamente cualificados. Estos derechos de movilidad intracomunitaria constituyen ya un elemento presente en la mayoría de las normas comunitarias en materia de inmigración legal³⁵ (Directivas sobre investigadores³⁶, estudiantes³⁷ y residentes de larga duración³⁸). La idea de movilidad

³⁴ La regulación alemana otorga directamente el derecho de residencia permanente a los trabajadores cualificados. Se trata del *Niederlassungserlaubnis* no del *Daueraufenthalerlaubnis-EG* (permiso de residencia de larga duración según las disposiciones de la Directiva 2003/109). Véase el artículo 19 de la *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz-AufenthG)* versión del 2008 (*BGBI*, I. S.: 162), modificada por última vez el 30 de julio de 2009 (*BGBI*, I S.: 2437).

³⁵ Sobre el derecho de movilidad intracomunitaria de los nacionales de terceros Estados, véase IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: *La libre circulación de los Extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las Directivas de la Unión Europea en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010.

³⁶ Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, *D.O.L.* 289, de 3 de noviembre de 2005, pp. 15-22.

³⁷ Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, *D.O.L.* 375, de 23 de diciembre de 2004, pp. 12-18.

³⁸ VON WEIZSÄCKER: *op. cit.*

a través de los distintos Estados miembros como una ventaja y como elemento principal de atracción de la Unión Europea en relación con sus competidores en este terreno, está implícita incluso en el significativo nombre dado a la autorización de residencia creada al amparo de esta directiva³⁹. En efecto, la denominación de «Tarjeta Azul» o *Blue Card* emula directamente al sistema de la *Green Card* norteamericana, uno de cuyos elementos más sobresalientes es el derecho que ésta lleva aparejada de residir y trabajar en todos los Estados de los EE.UU. La movilidad intracomunitaria fue concebida por la Comisión en su propuesta como el elemento central que contribuiría a aumentar la capacidad de atracción de la Unión Europea, estimándose que su impacto sería mayor cuanto más dicho derecho se asemejara al derecho a la libre circulación disfrutado por los ciudadanos de la Unión Europea⁴⁰.

No obstante, este derecho a residir y trabajar en otros Estados miembros previsto por la Directiva *Blue Card* —que ha de ser diferenciado en todo caso del mero derecho de «desplazamiento» o «viaje» amparado por las disposiciones del acervo de Schengen— difiere enormemente de las condiciones en las cuales se produce la movilidad dentro de un Estado federal, y no puede considerarse en modo alguno un derecho de libre circulación. En primer lugar, el derecho de trasladar la residencia a otro Estado miembro no se disfrutará inmediatamente, sino que únicamente podrá ejercerse tras dieciocho meses de residencia legal en el primer Estado miembro⁴¹. En segundo lugar el derecho de movilidad de los trabajadores altamente cualificados está impregnado de elementos que lo encorsetan, eliminando la posibilidad de su ejercicio en condiciones de flexibilidad. En efecto, la movilidad queda funcionalmente limitada al ejercicio de actividades económicas que cumplan con las características de «empleo altamente cualificado» en el segundo Estado miembro, condición cuya comprobación requiere un nuevo procedimiento de admisión. En efecto, el derecho de movilidad no es en modo alguno equivalente al derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, ya que se supedita el ejercicio del mismo al resulta-

³⁹ Así lo indicaba ya la Comisión en su Propuesta (COM, 2007: 637 final).

⁴⁰ Véase el informe de evaluación de impacto presentado por la Comisión junto con la propuesta de Directiva, COM, 2007: 637 final.

⁴¹ La directiva es en este punto más favorable que la propuesta de la Comisión, que establecía un periodo de espera de dos años.

do de un procedimiento administrativo previo por medio del cual el segundo Estado miembro pueda comprobar que el titular de la tarjeta azul cumple de nuevo todas las condiciones que le fueron requeridas en su primera admisión⁴². Incluso en el caso de que se cumplan de nuevo todas estas condiciones, ni siquiera existirá un derecho a la admisión en el segundo Estado miembro, ya que la directiva, a diferencia de la Propuesta de la Comisión, preserva el derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión⁴³.

En definitiva, el estatuto jurídico de los trabajadores altamente cualificados se sitúa en el marco de la complejísima gradación de derechos entre los diversos estatutos jurídicos regulados por el derecho comunitario⁴⁴. Si bien se trata de un estatuto jurídico que contiene determinados elementos positivos, ya que obliga a los Estados miembros a establecer igualdad de trato en determinados ámbitos, quedan fuera importantes elementos tales como la asistencia social y el acceso a becas y otras prestaciones. Asimismo, el acceso al mercado laboral está afectado por sustanciales limitaciones y plazos que merman muy considerablemente la apreciación de esta nueva vía migratoria como una flexibilización de las vías de inmigración laboral tradicionales. Asimismo, los derechos de movilidad otorgados no son en modo alguno comparables con los de los ciudadanos de la Unión Europea y los miembros de sus familias.

3. LA REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LOS TRABAJADORES ALTAMENTE CUALIFICADOS A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS DE PUNTOS EN EL REINO UNIDO Y DINAMARCA

Resulta significativo el hecho de que en tiempos recientes, dos de los tres Estados miembros que permanecen al margen de la política de inmigración común hayan introducido sistemas específicos muy

⁴² Véase el artículo 18 de la Directiva 2009/50.

⁴³ Véase el Apartado 7 del artículo 18.

⁴⁴ Para una sistematización de los diferentes estatutos jurídicos, véase GROENENDIJK, K.: «Citizens and Third-Country Nationals: Differential Treatment or Discrimination?», en CARLIER, J. Y., y GUILD, E. & COULIE, B. (Eds.): *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 79-101.

semejantes entre sí, destinados a atraer a trabajadores altamente cualificados.

La complejidad de la regulación de extranjería en el Reino Unido es notable, debido en parte a que la *Immigration Act* de 1971 sigue siendo la base del sistema, a la cual se han ido agregando progresivas y numerosas modificaciones⁴⁵. A pesar de los intentos declarados de proceder a una reordenación global de la legislación de inmigración del Reino Unido, lo cierto es que el cambio mayor que ha sufrido este sistema en los últimos cuarenta años ha venido de la mano de una reforma de las *Immigration Rules* y no de la *Immigration Act*⁴⁶. El nuevo sistema de puntos supone una ambiciosa reforma introducida por la Parte 6A de las *Immigration Rules*, que lleva por título Points Based System⁴⁷. Aunque el actual PBS no incluye la totalidad de las vías de admisión al Reino Unido, supone una clarificación y un esfuerzo de sistematización relevante, ya que reconduce a cinco niveles los ochenta cauces de admisión preexistentes. Dicho sistema está formado por cinco niveles (*tiers*), divididos a su vez en subcategorías, la primera de las cuales está destinada a la admisión de trabajadores altamente cualificados.

Dinamarca también ha establecido un régimen particular destinado a atraer trabajadores altamente cualificados, denominado *Green Card Scheme*, que encuentra su base jurídica en la *Immigration Act*⁴⁸. El esquema de *Green Card* fue diseñado en un primer momento como un programa destinado a ofrecer visados de búsqueda

⁴⁵ UK ST, 1971 (c. 77). El texto de la Ley al corriente de todas sus modificaciones puede encontrarse en <http://www.statutelaw.gov.uk>.

⁴⁶ La intención de proceder a una simplificación y reordenación del derecho de inmigración y nacionalidad británico a nivel legislativo parece haber sido abandonada en el proyecto de Ley presentado a la House of Lords. Véase sobre esta cuestión THORP, A., y GARTON GRIMWOOD, G.: «Borders, Citizenship and Immigration Bill (HL) Bill 86 2008», *Research Paper* 09/47, 22 May 2009. Home Affairs Section, House of Commons Library. Véase asimismo el *memorandum* elaborado en 2006 por el *Home Office*: «Points-Based System. Making migration work for Britain», disponible en www.bia.homeoffice.gov.uk.

⁴⁷ Una versión actualizada de las *Immigration Rules* se encuentra disponible en: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/policyandlaw/immigrationlaw/immigrationrules>.

⁴⁸ *Aliens (Consolidation Act)* n.º 785, de 10 de agosto de 2009. Según su artículo 9a, se prevé la expedición de un permiso de trabajo sobre la base de un programa de puntos denominado *Green Card Scheme*, cuyo desarrollo

de empleo, de manera que tras la obtención de un contrato, el inmigrante debía solicitar un permiso de trabajo. Según la regulación actual, al igual que en el Reino Unido, el sistema *Green Card* está destinado al otorgamiento de permisos de residencia y trabajo, independientemente de la existencia de una oferta de empleo concreta. Su funcionamiento se basa en la estimación de las posibilidades de encontrar empleo a través del sistema de puntos. Los individuos que alcancen la puntuación requerida obtendrán un permiso de residencia y trabajo de tres años de duración.

3.1. Requisitos para ser considerado como trabajador altamente cualificado

En el sistema del Reino Unido, el *Tier 1* está compuesto por una categoría general, que corresponde a la de los trabajadores altamente cualificados, y otras tres subcategorías específicas: inversores, empresarios y *post study workers*. Este nivel viene a absorber distintos programas existentes en la anterior regulación, y en particular, al *Highly Skilled Migrant Programm*. Nos centraremos aquí en el régimen general de trabajadores altamente cualificados (*Tier 1* general). La admisión como trabajador altamente cualificado en su vertiente «general», está basada en el logro de una puntuación de 75 puntos, cuya obtención se fundamenta en la apreciación de diferentes atributos⁴⁹ (edad, cualificación, salarios anteriores y experiencia anterior en el Reino Unido); diez puntos por el dominio del inglés (los títulos y niveles están cuidadosamente regulados en el Anexo B de las *Immigration Rules*), y otros diez puntos otorgados en función de los recursos económicos (que se estiman actualmente en 2.800 libras si el interesado se encuentra fuera del Reino Unido).

La particularidad del sistema es que los 75 puntos otorgados por los «atributos personales» son repartidos entre diferentes cualidades, que pueden compensarse entre sí, si bien el nivel de exigencia es muy alto, ya que aunque una persona obtenga los máximos puntos otorgados en función de la edad y la cualificación, no será suficiente. En cuanto a la edad, se privilegia la juventud de los solicitantes. Con respecto a las cualificaciones educativas, la puntuación más elevada

reglamentario se encomienda al *Minister of Refugee, Immigration and Integration Affairs*.

⁴⁹ Regulados en el Apéndice A de las *Immigration Rules*.

corresponde a los estudios de doctorado, que supone una diferencia considerable en relación a las puntuaciones otorgadas por los estudios de master y de licenciatura o grado⁵⁰. Otros elementos a tener en cuenta en la puntuación son los salarios previos obtenidos durante doce meses consecutivos dentro de los quince meses anteriores a la solicitud, si bien se admiten determinadas excepciones ligadas a la maternidad o a los estudios⁵¹. La experiencia previa en el Reino Unido puede otorgar hasta un máximo de cinco puntos que pueden concederse si se han recibido salarios por valor de 16.000 libras en el Reino Unido o si se han obtenido allí cualificaciones académicas. A través de este criterio se privilegia, aunque de manera poco determinante, la existencia de una relación previa con el país de acogida que puede hacer prever un mayor éxito en la integración y en el proceso migratorio.

En cuanto al sistema danés, los criterios que sirven de base a su sistema de puntos se asemejan considerablemente a los establecidos por el Reino Unido, si bien el nivel de puntuación que se otorga a los distintos elementos varía considerablemente. Los criterios a ser tenidos en cuenta son: la edad, el nivel educativo, la experiencia laboral, las capacidades lingüísticas, la «adaptabilidad» y los recursos económicos. A diferencia del Reino Unido, no se establece un criterio que atienda a la valoración de los salarios obtenidos anteriormente, pero se establece un estricto criterio relativo a la disposición de recursos económicos. Con respecto a la edad, se privilegia la juventud del solicitante, si bien en menor medida que en el Reino Unido. En relación al nivel educativo, se establece una gradación entre los programas de doctorado, los estudios de master, y los estudios de grado, estableciéndose diferencias según su duración. Se otorgan, además, puntos adicionales en función del ranking de la universidad en la

⁵⁰ Teniendo en cuenta la diversidad mundial en las cualificaciones de enseñanza superior, los puntos serán otorgados en función de que el *National Recognition Information Centre for the United Kingdom* (UK NARIC) considere que dichos títulos son equiparables a los títulos correspondientes en el Reino Unido.

⁵¹ En la apreciación de dichos salarios, se toma en cuenta las diferencias de los niveles de vida y salariales en los diferentes países del mundo, aplicando un multiplicador que actúa como factor de corrección, oscilando de 1 a 11,4 en función del país donde los salarios fueron obtenidos. El multiplicador 1 se aplica a USA o Alemania mientras que a España le aplica el multiplicador 2,3.

cual se hayan obtenido las calificaciones. Con respecto a las capacidades lingüísticas, el sistema otorga puntos por el conocimiento de una lengua escandinava y adicionalmente por el conocimiento de Inglés o Alemán (alternativamente). La valoración del criterio idiomático es flexible, principalmente porque el conocimiento del danés no es una condición imprescindible, si bien su conocimiento recibe una prima en términos de la valoración del criterio de «adaptabilidad». El criterio de la experiencia laboral valora el número de años de experiencia previa, únicamente si la misma ha sido desarrollada en el ámbito de la investigación, o en uno de los campos ocupacionales enumerados en la *positive list*, es decir, la lista de ocupaciones en las que existen necesidades laborales. Finalmente, el criterio de la «adaptabilidad» se refiere a la existencia de vínculos laborales o educativos previos, no únicamente con Dinamarca, sino con cualquier país del Espacio Económico Europeo y con Suiza. El elemento más restrictivo del sistema es el requisito de los recursos económicos, ya que, al margen de la puntuación obtenida, es obligatorio disponer de recursos suficientes para el mantenimiento del solicitante y de los miembros de su familia durante un año. Este extremo supone la diferencia fundamental con el *Points Based System* del Reino Unido, en el cual la disposición de recursos es valorada como un criterio para otorgar puntos adicionales, pero no como un requisito indispensable para poder beneficiarse del programa.

3.2. Elementos principales del procedimiento de admisión

En el Reino Unido, la mayor característica del sistema de admisión aplicable a los trabajadores altamente cualificados incluidos en el *Tier 1* es la independencia de su admisión de una oferta o contrato de trabajo preexistentes. Esto supone un elemento muy considerable de flexibilización del procedimiento de admisión y una firme apuesta por la admisión de estos inmigrantes altamente cualificados, que se sitúan en lo alto de la escala por lo que podrían ser considerados trabajadores altamente cualificados según la Directiva 2009/50/CE. Adicionalmente, se ha optado también por permitir que aquellas personas ya presentes en el Reino Unido bajo un título de estancia o residencia que les permita realizar el cambio, puedan solicitar el cambio de estatuto al de trabajador altamente cualificado.

Al igual que en el caso del Reino Unido, en Dinamarca, el hecho de que no sea necesaria la tramitación independiente de un permi-

so de trabajo, y la independencia de la existencia de un contrato u oferta de empleo contribuye a la flexibilización del procedimiento de admisión.

3.3. Elementos principales del estatuto jurídico de los trabajadores altamente cualificados

a) *Acceso al mercado laboral*

La admisión de los trabajadores altamente cualificados del *Tier 1* no está vinculada ni condicionada a la existencia de un previo contrato u oferta de trabajo. No existen, por lo tanto, limitaciones ligadas al mercado laboral, ni restricciones que impidan ocupar puestos que no sean considerados como altamente cualificados. Este es el caso también en el sistema danés, ya que las personas admitidas con arreglo al sistema de puntos están exentas de la obligación de solicitar un permiso de trabajo.

b) *Igualdad de trato*

La principal diferencia de trato que salta a la vista en la regulación de las condiciones de residencia de los trabajadores altamente cualificados en el Reino Unido es que para conservar su derecho a la residencia no han de recurrir a los fondos públicos (*public funds*). La definición de «fondos públicos» se encuentra en las propias *Immigration rules*, que contienen una lista de los beneficios públicos que se encuentran excluidos del disfrute de los beneficiarios de permisos de residencia del sistema de puntos, y entre ellos se encuentran incluidas múltiples prestaciones de asistencia social de diferente naturaleza, aunque fundamentalmente no contributivas.

De la misma forma, en Dinamarca, la limitación más importante establecida en relación al estatuto jurídico de las personas que son admitidas a través del sistema de puntos reside en el acceso a la asistencia social. En efecto, la propia ley de extranjería dispone que debe ser una condición para obtener un permiso de residencia a través del sistema de puntos que los solicitantes y los miembros de su familia no reciban asistencia social según la *Active Social Policy Act*, y que puedan mantenerse por sus propios medios durante el primer año de residencia⁵².

⁵² Artículo 9.a. 3 de la *Aliens Consolidation Act*, antes citada.

c) *Condiciones para la reagrupación familiar*

En el Reino Unido, el nuevo sistema de puntos establece un cauce específico para la reagrupación familiar. La solicitud de *entry clearance* (visado) de los familiares puede ser presentada al mismo tiempo que la solicitud del trabajador altamente cualificado. Con respecto a los cónyuges y parejas de hecho se exige una convivencia previa de dos años, y así como la intención de vivir juntos en el Reino Unido. Con respecto a los hijos de los trabajadores altamente cualificados, se requiere que sean menores de dieciocho años, que no estén casados y que no hayan formado una unidad familiar independiente. Se requiere también demostrar que existe un nivel de recursos económicos suficiente a disposición del solicitante. Para los familiares de trabajadores altamente cualificados se estima que son suficientes 1.600 libras. Adicionalmente, la vigencia del visado y del derecho de residencia está sometida a distintas condiciones, tales como el no recurrir a los «fondos públicos», registrarse en las oficinas policiales, y no trabajar como médico en prácticas. El permiso de residencia de la pareja tendrá la misma duración que el del trabajador altamente cualificado. Los familiares de los trabajadores altamente cualificados tendrán además acceso al mercado laboral.

Asimismo, los beneficiarios de la *Green Card* en Dinamarca pueden reagrupar a su cónyuge, pareja registrada, o pareja «conviviente» (*cohabiting partner*), así como a los hijos menores de dieciocho años. Se requiere la convivencia en Dinamarca, así como la disposición de recursos suficientes. La pareja o cónyuge es autorizada a trabajar en Dinamarca.

d) *Acceso a la residencia permanente*

El acceso a la residencia permanente es uno de los criterios que puede tener un impacto considerable en la decisión de los trabajadores cualificados a la hora de elegir un destino. En efecto, la estricta limitación de los permisos de trabajo ha sido una de las causas de los fracasos de algunos sistemas diseñados para atraer inmigración altamente cualificada, como el sistema de *Green Card* puesto en marcha por Alemania entre los años 2000 y 2005⁵³. Según el sistema

⁵³ En efecto, este impedía el acceso de los titulares de la tarjeta verde a la residencia permanente. Sobre esta cuestión puede verse ZALETEL, *op. cit.*

de puntos británico, el permiso de residencia de los trabajadores altamente cualificados del régimen general tiene una duración de dos años. Para la renovación, se volverá a llevar a cabo un cálculo de los puntos según los criterios ya señalados del PBS. A pesar del carácter inicialmente temporal del permiso de residencia, el *Tier 1* ha sido concebido como un cauce de acceso a la residencia de larga duración (*settlement- indefinite leave to remain*)⁵⁴. Así, los trabajadores altamente cualificados que hayan residido en el Reino Unido durante cinco años podrán acceder a la residencia indefinida, si siguen siendo económicamente activos, si demuestran un dominio suficiente del inglés y un conocimiento de la vida en el Reino Unido (a menos que la persona en cuestión sea mayor de 65 años).

En Dinamarca, aunque el permiso otorgado a través del sistema de *Green Card* es un permiso temporal de una duración limitada de tres años, puede solicitarse la renovación del mismo siempre que se haya disfrutado de un empleo de como mínimo diez horas semanales durante los doce meses anteriores a la renovación, y no se haya estado desempleado más de tres meses⁵⁵. Tras siete años de residencia temporal, puede optarse a la residencia permanente, a través de un complejo sistema de puntos en el que se valoran estrictamente criterios laborales, de integración, ciudadanía, así como el no haber sido beneficiario de asistencia social.

4. RESULTADOS DE LA COMPARACIÓN

Todo ejercicio comparativo entre sistemas reguladores nacionales y la particular política de inmigración de la Unión Europea está particularmente afectado por dificultades metodológicas. En efecto, por la naturaleza misma del instrumento empleado, la Directiva comunitaria está destinada a proceder a una armonización a través de directrices que no agotan las opciones normativas de los Estados miembros, sino que aportan una serie de criterios y objetivos que han de guiar la actuación de éstos. La comparación con sistemas nacionales desarrollados a través de disposiciones legislativas y reglamentarias que descienden a un nivel de concreción mucho mayor ha de tener en cuenta estas especificidades. Por ello, nuestra com-

⁵⁴ Véase el memorando del *Home Office* de 2006, *op. cit.*

⁵⁵ Artículo 9.a.9) de la *Aliens Consolidation Act* antes citada.

paración se basa en aquellos elementos claramente distintivos que subyacen a la naturaleza alternativa de ambos sistemas, y no prejuzgan la posibilidad de que, en su labor de transposición, los distintos Estados miembros que participan en la aplicación de la directiva, procedan a una clarificación más exhaustiva de los extremos que se encuentran difusos en la norma comunitaria.

Indudablemente, la capacidad de atracción de un Estado como destino para los trabajadores altamente cualificados no depende únicamente del signo y orientación de las políticas de inmigración ni de las particularidades de las regulaciones de la admisión, sino que es más bien fruto de la interacción de varios factores tales como las tendencias económicas, los sistemas educativos, la inversión en investigación, el reconocimiento de titulaciones, el idioma y otros factores sociales y culturales⁵⁶. Ello demuestra la competitividad internacional de Estados Unidos, a pesar de la enorme complejidad de su sistema⁵⁷. En todos estos campos, incluso antes de la introducción del sistema de puntos, el Reino Unido ha demostrado ser más atractivo para la inmigración altamente cualificada que el resto de sus socios europeos, por lo cual el valor añadido del nuevo sistema puede que sea marginal⁵⁸.

⁵⁶ ZALETEL, *op. cit.*; DOOMERNIK, J.; KOSLOWSKI, R., y THRÄNHARDT, D.: «The battle for the brains. Why immigration policy is not enough to attract the highly skilled», *Brussels Forum Paper Series*, 2009 disponible en <http://www.gmfus.org/template/download.cfm?document=/doc/Battle%20final.pdf>.

⁵⁷ En efecto, el complejísimo sistema de visados de los U.S. no contiene un sistema de puntos, sino una vertiente laboral que se encuentra organizada en preferencias, completada por programas que dan acceso a la residencia temporal, como el *H1B*. La complejidad administrativa no ha frenado, no obstante, la atracción del país como destino para la inmigración cualificada. Hay que poner de relieve que el porcentaje de inmigración cualificada en U.S.A. es mucho menor si se compara con los países con sistemas de puntos tales como Australia, Canadá (véase el documento de la Comisión SEC, 2007: 1382). Ello ha llevado a las autoridades estadounidenses a plantear una posible reforma en este sentido (la malograda *Comprehensive Immigration Reform Act of 2007*). Sobre el papel de Estados Unidos en la competición global por la inmigración altamente cualificada, véase SHACHAR, A.: «The Race for Talent: Highly Skilled Migrants and Competitive Immigration Regimes», *New York University Law Review*, vol. 81, 2006, pp. 101-158.

⁵⁸ Basamos esta afirmación en los datos aportados por la Comisión Europea en su Informe de Evaluación de Impacto, SEC (2007), 1403.

En efecto el relativo éxito del Reino Unido a través de su anterior programa destinado a los trabajadores altamente cualificados ha sido uno de los motivos que explican que este Estado miembro haya decidido —de nuevo— quedarse al margen de la política comunitaria en materia de inmigración, ya que la Directiva sobre la *Blue Card* hubiera tenido poco valor añadido para un país que ya tenía una política exitosa de atracción de inmigración cualificada⁵⁹. Pero una vez que Reino Unido decidió embarcarse en una reforma encaminada a introducir un nuevo sistema de atracción de trabajadores altamente cualificados, es significativo que optara por un sistema basado en presupuestos radicalmente diferentes en relación con el sistema de *Blue Card*, cuya tramitación fue paralela a la última fase de la elaboración del sistema de puntos británico. Asimismo, es significativo que Dinamarca haya optado también por un sistema de puntos en contraposición con el sistema basado en la oferta de empleo.

4.1. «Demand-driven approach» vs. «supply-driven approach»

La principal diferencia entre los sistemas de puntos y el sistema de la *Blue Card* viene dada por la necesidad de que el interesado disponga de una oferta o contrato de trabajo en el momento del inicio de la solicitud. La Directiva 2009/50/CE establece como requisito fundamental la existencia de un contrato u oferta de trabajo que cumpla unos determinados requisitos legales y de nivel salarial, en consonancia con las regulaciones tradicionales de la migración económica en la mayoría de Estados miembros. Por el contrario, el *Tier I* del PBS británico, al igual que el *Green Card Scheme* danés, posibilitan la admisión incluso sin existir una oferta concreta de trabajo, requisito que constituye una de las mayores rigideces del procedimiento de la *Blue Card*⁶⁰. El mayor impacto en la capacidad de atracción de los sistemas de puntos en relación con los sistemas basados en las ofertas de empleo era perfectamente conocido por la Comisión cuando ésta presentó la propuesta de Directiva *Blue Card*. No obstante, la Comisión consideró que la introducción de un sistema de este tipo podría presentar importantes inconvenientes que, en última instancia, desaconsejaron su introducción en la propues-

⁵⁹ CERNA, *op. cit.*

⁶⁰ COSTELLOE, *op. cit.*

ta. En primer lugar, señala la Comisión que a no ser que los baremos de puntos fueran fijados a nivel europeo, lo cual considera incompatible con el principio de subsidiariedad, grandes diferencias persistirían entre los Estados miembros⁶¹. Pero la mayor dificultad identificada por la Comisión es precisamente el hecho de que las regulaciones de la inmigración laboral en los Estados miembros están fuertemente ancladas en la existencia de una oferta o un contrato de empleo previos, lo cual hubiera dificultado enormemente la adopción de un sistema de puntos a nivel europeo⁶², teniendo en cuenta que la migración legal se encuentra aun residualmente gobernada por el procedimiento de unanimidad⁶³.

Si bien, tradicionalmente, la capacidad de atracción de los sistemas de puntos ha demostrado ser más alta en el pasado, en países tales como Canadá y Australia, en la actualidad, dichos sistemas han presentado problemas, lo cual ha llevado a introducir determinados correctivos que reorientaran su funcionamiento a las necesidades concretas del mercado laboral. En efecto, uno de los mayores problemas planteados por los sistemas que se basan completamente en la iniciativa del prospectivo inmigrante es el denominado *brain waste*, fenómeno consistente en el desaprovechamiento de capital humano consecuencia de que los trabajadores altamente cualificados acaben siendo empleados en puestos inferiores a su capacitación, o no sean en absoluto capaces de encontrar empleo⁶⁴. Por lo tanto, si

⁶¹ SEC (2007) 1.382.

⁶² «Informe de evaluación de impacto», SEC (2007), 1403, pp. 15 y 35.

⁶³ Decisión del Consejo 2004/927/CE, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado, *D.O.L.* 396 de 31 de diciembre de 2004, pp. 45-46. En efecto, su considerando 7 estimaba que: «el Consejo Europeo considera que, mientras no entre en vigor el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Consejo debe continuar pronunciándose por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo al adoptar las medidas en el ámbito de la migración legal de nacionales de terceros países con destino a y entre Estados miembros». La inmigración legal pasa a quedar regida por el procedimiento legislativo ordinario en el Tratado de Lisboa, artículo 79 TFEU.

⁶⁴ CHALOFF, J., y LEMAITRE, G.: «Managing Highly-skilled Labour Migration: a Comparative Analysis of Migration Policies and Challenges in OECD Countries», *OECD Social, employment and migration working papers*, n.º 79, 2009, p. 1.

bien la directiva carece de la flexibilidad de los sistemas de puntos, al menos asegura que los trabajadores altamente cualificados sean empleados en ocupaciones correspondientes a su cualificación, a diferencia del Reino Unido y Dinamarca ⁶⁵.

El panorama resultante es que mientras que los sistemas basados estrictamente en la oferta de trabajo no son siempre lo suficientemente atractivos, al mismo tiempo, los sistemas de puntos no aseguran una absoluta coherencia entre las cualificaciones de los trabajadores y los empleos a ser desempeñados. Ante esta situación, ambos sistemas pueden complementarse mutuamente. El sistema basado en la oferta de trabajo puede complementar a los sistemas basados en la aproximación *supply-driven* a través de la introducción de catálogos de ocupaciones —tal y como ocurre en Canadá y Australia ⁶⁶—, o primando con puntos adicionales la existencia de una oferta. Los sistemas basados en las ofertas de empleo pueden mitigar su rigidez ofreciendo sistemas complementarios de visado de búsqueda de trabajo ⁶⁷, ya que ello permitiría conjurar la falta

⁶⁵ DOOMERNIK, J.; KOSLOWSKI, R., y THRÄNHARDT, D.: «The battle for the brains. Why immigration policy is not enough to attract the highly skilled», *Brussels Forum Paper Series*, 2009, disponible en <http://www.gmfus.org/template/download.cfm?document=/doc/Battle%20final.pdf>.

⁶⁶ Australia aplica un sistema destinado a redireccionar las admisiones a determinados ámbitos laborales de interés para la economía nacional a través de la limitación de la aplicación del esquema de trabajadores cualificados a aquellas personas que dispongan de experiencia en determinadas ocupaciones que reflejan las necesidades laborales del país, enumeradas en la *Skilled Occupation List*. Véase: www.immi.gov.au. En Canadá, se aplica un sistema alternativo en el cual el potencial inmigrante cualificado ha de demostrar o bien que dispone de experiencia en uno de los ámbitos listados en el catálogo de *Canadian Skilled occupations* o que dispone de una oferta de trabajo. Véase: www.cic.gc.ca. En Nueva Zelanda, junto con el sistema de listado de ocupaciones con respecto a las cuales existen necesidades laborales, se valora con un número substancial de puntos adicionales el hecho de que exista ya una oferta de empleo. Véase www.immigration.govt.nz.

⁶⁷ COSTELLOE, *op. cit.* Esta posibilidad está prevista por la legislación española en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Extranjería y en el artículo 83 de su Reglamento. Sobre esta figura, cuya importancia práctica ha sido limitada, puede verse: CAMÓS VICTORIA, I.: «Visados para búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones», en RAMOS QUINTANA, M. I., y ROJAS RIVERO, G.: «Comentarios al Reglamento de extranjería», *Lex Nova*, Madrid, 2007.

de flexibilidad, al mismo tiempo que podría evitar el fenómeno del *brain waste* condicionando obtención de un permiso de residencia a la posterior existencia de un contrato que cumpla con la definición de «altamente cualificado»⁶⁸.

4.2. El contenido del estatuto jurídico

Con respecto a los derechos más importantes relativos al proceso migratorio, tales como la reagrupación familiar o el acceso a la residencia cualificada, a pesar de la existencia de indudables diferencias en la regulación concreta, las mismas no pueden considerarse determinantes, ya que tanto los sistemas de puntos como la Directiva *Blue Card* tienden a facilitar la reagrupación familiar de los trabajadores altamente cualificados, permiten el acceso a estatutos cualificados de residencia y limitan el acceso a los sistemas de asistencia social en igualdad de condiciones con los propios nacionales. No obstante, algunos extremos de la regulación de la Directiva tan trascendentes como la duración del permiso de residencia, son dejados a la discrecionalidad de los Estados, lo cual permite una valoración completa en términos del contenido del estatuto jurídico a ser disfrutado en el sistema de la Unión.

La gran diferencia, en términos de valor añadido, podría haber venido dada por el derecho de movilidad intracomunitaria ideado en las primeras versiones de la Directiva. No obstante, el proyectado sistema de *Blue Card*, más allá del reclamo publicitario que dicha denominación pueda llevar aparejada, se queda corto a la hora de hacer del derecho de movilidad intracomunitaria un elemento capaz de ejercer un papel determinante en la decisión de un trabajador altamente cualificado de elegir un Estado de la Unión Europea como posible destino. En efecto, la facilitación de la movilidad intracomunitaria tras dieciocho meses de residencia no va más allá de la mera explicitación del cauce administrativo a ser utilizado —lo que no es poco—, pero sin embargo no otorga un verdadero derecho de libre circulación, ni contribuye a que la Unión Europea sea percibida como un espacio migratorio único en el cual los inmigrantes altamente cualificados puedan disfrutar de un estatuto uniforme y gozar de movilidad sin cortapisas de carácter administrativo. La posibilidad

⁶⁸ Sobre estas posibilidades complementarias, puede verse CHALOFF, J., y LEMAITRE, G., *op. cit.*, p. 31.

de establecer volúmenes de admisión en la movilidad intracomunitaria, y el hecho de que los trabajadores hayan de someterse a un procedimiento de admisión equivalente al de un procedimiento de admisión inicial, limitan extraordinariamente el potencial de los derechos de movilidad como instrumento de atracción.

4.3. Claridad, previsibilidad y transparencia del sistema

Una de las diferencias fundamentales entre ambos sistemas se da en relación con la claridad, previsibilidad y transparencia de la regulación de la admisión y los derechos a ser disfrutados tras ella. Es indudable que los sistemas de puntos suponen un paso muy loable en aras de la claridad y la seguridad jurídica, en tanto en cuanto se explicitan los criterios, los requisitos y los baremos, de forma que los interesados pueden anticipar la decisión administrativa final a través del cálculo facilitado a través de medios telemáticos.

Una situación muy diferente es la que se deriva de la Directiva 2009/50/CE. Las esperanzas de que la Directiva fomentara una mayor visibilidad, previsibilidad y transparencia de los sistemas nacionales a través del establecimiento de una armonización que permitiera vislumbrar criterios comunes, pueden considerarse defraudadas. En efecto, la previsión de armonización de los sistemas preexistentes de forma que los potenciales inmigrantes pudieran conocer con seguridad los requisitos comunes de entrada en todos los Estados miembros⁶⁹, queda también frustrada por el alto grado de discrecionalidad del que éstos aun disponen. La lectura de los requisitos de la directiva no da más que una idea general del tipo de condiciones y requisitos que rigen la admisión, pero la aplicación de los mismos puede aún diferir enormemente de un Estado miembro a otro.

La valoración negativa en términos de visibilidad, claridad y transparencia no deriva de la vaguedad implícita en la naturaleza de la directiva como instrumento jurídico. Ciertamente es que las directivas se caracterizan por un nivel menos elevado de concreción en relación a los Reglamentos, ya que su función es precisamente la de establecer objetivos comunes dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para conseguirlos⁷⁰. No obstante, más allá de los imperativos dictados por la naturaleza del acto empleado,

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Véase el artículo 288 del TFUE.

y de la naturaleza compartida de la competencia desarrollada por la misma —que desata la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad—, nos hayamos frente a un tipo particular de directiva, impregnado de las particularidades que ya son clásicas en la regulación de la migración a nivel europeo, en la que las ambigüedades, las *may clauses*, las posibilidades de derogación, las cláusulas *stand still*, las excepciones, y la amplia discrecionalidad para los Estados miembros constituyen los rasgos definitorios⁷¹. En efecto, la Directiva no únicamente permite el mantenimiento y/o introducción de sistemas alternativos destinados a la regulación de la admisión con objeto de empleo⁷², y de disposiciones más favorables con respecto a ciertos aspectos regulados en dicha norma⁷³, sino que hace difícilmente discernible la existencia de lo común frente a las particularidades a ser introducidas por cada uno de los veinticuatro Estados miembros que participan en su aplicación⁷⁴.

4.4. Aproximación al problema del *brain drain*

A pesar de que en relación a todos los indicadores hasta ahora considerados, los sistemas de puntos obtienen una valoración más positiva que el sistema de la *Blue Card*, es de señalar que este último se ha mostrado más sensible y dialéctico en relación con su posible impacto socioeconómico en los países en desarrollo. Los sistemas de puntos analizados y la Directiva *Blue Card* contienen también aproximaciones divergentes al problema de la fuga de cerebros de los países en vías de desarrollo, ya que la Directiva muestra una actitud más sensible con respecto a este problema.

⁷¹ DE BRUYCKER, P.: «Legislative Harmonization in European Immigration Policy», en CHOLEWINSKI, R.; PERRUCHOU, R., y MACDONALD, E.: *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2007, pp. 329-347.

⁷² Artículo 3.4 de la Directiva.

⁷³ Artículo 4.2 de la Directiva.

⁷⁴ Variaciones son permitidas en relación con el actor que ha de iniciar la solicitud, el lugar donde puede presentarse, la aplicación de cuotas, la aplicación de distintas preferencias, la aplicación del examen previo del mercado laboral, los criterios de contratación ética, los criterios para retirar el permiso de residencia basados en el orden público y en el recurso a la asistencia social, los salarios determinantes, las condiciones de acceso al mercado laboral, el alcance de la igualdad de trato, las condiciones de movilidad intracomunitaria,

En primer lugar, se establece que las disposiciones de la Directiva no empiecen los acuerdos con terceros Estados que excluyan determinadas profesiones de la aplicación de la Directiva «a fin de garantizar la contratación ética en sectores que sufran escasez de mano de obra, protegiendo los recursos humanos en los países en desarrollo que sean signatarios de tales acuerdos»⁷⁵. Adicionalmente, como causa de denegación del permiso de residencia a un solicitante, se explicita que «los Estados miembros podrán rechazar la solicitud de tarjeta azul Unión Europea a fin de garantizar la contratación ética en sectores que sufran escasez de trabajadores cualificados en el país de origen»⁷⁶.

A este respecto, es significativa la existencia de la categoría de *post study workers* en el Tier I del PBS —cuyo objetivo declarado es *to encourage international graduates who have studied in the UK to stay on and do skilled or highly skilled work*—, mientras que las previsiones de la Propuesta de la Comisión de privilegiar que los trabajadores altamente cualificados que se hubieran formado en la Unión Europea obtuvieran un acceso facilitado a la admisión han desaparecido del texto final de la Directiva⁷⁷. Ello constituye una aproximación inadecuada desde el punto de vista económico, que impide aprovechar el capital humano formado en Europa, ya que la mayor parte de los trabajadores altamente cualificados comienzan su proceso migratorio como estudiantes⁷⁸, si bien es loable desde el punto de vista de evitar el *brain drain*.

5 ARMONIZACIÓN PARCIAL Y COEXISTENCIA DE SISTEMAS DIFERENCIADOS

A la vista del potencial de los sistemas de puntos como dispositivos más adecuados al objetivo de atracción de inmigración cualifica-

⁷⁵ Artículo 3.3 de la Directiva 2009/50.

⁷⁶ Artículo 8.4 de la Directiva 2009/50.

⁷⁷ Esta posibilidad sí era prevista por la Propuesta de la Comisión, y había sido avanzada por algunos economistas, que propugnaban la creación de un *EU-Blue Card Diploma*. Véase VON WEIZSÄCKER, *op. cit.*

⁷⁸ DOOMERNIK, J.; KOSLOWSKI, R., y THRÄNHARDT, D.: «The battle for the brains. Why immigration policy is not enough to attract the highly skilled», *Brussels Forum Paper Series*, 2009, disponible en <http://www.gmfus.org/template/download.cfm?document=/doc/Battle%20final.pdf>.

da frente a sistemas rígidos basados en ofertas o contratos laborales, la pregunta fundamental reside en si los Estados miembros que participan en la aplicación de la Directiva comunitaria podrían considerar más adecuado a sus propósitos de atraer a inmigrantes cualificados el introducir un sistema de las características del británico o del danés. La importancia de esta cuestión en relación con la valoración de la efectividad de la Directiva reside en el riesgo de que a través del rígido y consensuado sistema de la directiva *Blue Card* se prive a los Estados miembros de la posibilidad de introducir los sistemas de puntos, más flexibles y atractivos para los inmigrantes cualificados, con lo cual la norma de la Unión Europea pueda dar lugar a resultados contrarios a los objetivos que motivaron su adopción.

A este respecto, es de destacarse que el Espacio de libertad, seguridad y justicia está listado entre las competencias compartidas entre la Unión Europea y sus Estados miembros⁷⁹. Dichas competencias se definen por el efecto de *preemption* consistente en que una vez que la Unión Europea haya ejercido su competencia, los Estados Miembros no se encuentran habilitados para regular en dicho ámbito⁸⁰. No obstante, los Estados miembros pueden ser facultados por la Unión Europea para legislar incluso en materias en las cuales existe competencia exclusiva de ésta⁸¹. Haciendo uso de esta posibilidad, la directiva *Blue Card* establece que sus disposiciones se entienden «sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a expedir permisos de residencia distintos de la tarjeta azul Unión Europea a *cualquier* efecto de empleo»⁸². Esta disposición implica que los Estados miembros permanecen libres de introducir otros sistemas de atracción de inmigración altamente cualificada, cuyo contenido puede ser más o menos beneficioso o flexible que el diseñado por la directiva⁸³. Se afirma, así pues, la posibilidad de coexistencia de regímenes paralelos, fenómeno que se extiende a otros ámbitos de la política de inmigración común, y cuyos efectos en términos de lograr el objetivo de aumentar la capacidad de atracción de la Unión Europea distan de ser claros,

⁷⁹ Artículo 4.2.j. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁸⁰ Artículo 2.2. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁸¹ Artículo 2.1. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁸² Artículo 3, apartado 4 de la Directiva. El énfasis es nuestro.

⁸³ En este sentido, PEERS, S.: «Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directives», *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, n.º 4, 2009, pp. 387-426 (40), p. 391.

principalmente, por el considerable aumento de la complejidad en el panorama normativo europeo⁸⁴. En todo caso, el hecho de que ambos sistemas —que se presentan como alternativos— se fundamenten en presupuestos divergentes implica que la proliferación de los sistemas de puntos pueda entenderse como un reconocimiento implícito de la ineficiencia del sistema de *Blue Card*.

Ante un panorama en el cual es posible la proliferación de programas alternativos dentro y fuera del marco de la política de inmigración común, el valor de la Directiva como instrumento armonizador es marcadamente limitado, si bien su efecto principal y más relevante viene dado por el hecho de que esta norma ha tenido el valor positivo incontrovertible de obligar a introducir disposiciones encaminadas a regular la admisión de trabajadores altamente cualificados a los Estados miembros que no dispusieran ya de sistemas de este tipo, entre ellos, España⁸⁵.

Adicionalmente, de producirse el fenómeno anteriormente señalado, el avance fundamental de la Directiva *Blue Card* y su mayor ventaja añadida en comparación con las posibles acciones individuales de los Estados miembros —las posibilidades de movilidad intracomunitarias— quedaría anulado, ya que los permisos de residencia otorgados según las disposiciones nacionales no otorgarán el derecho de residencia en los demás Estados miembros⁸⁶.

CONCLUSIONES

Los resultados de la comparación de los elementos considerados en los sistemas de puntos y en el sistema de la Directiva *Blue Card*, así

⁸⁴ Peers, *Ibid.* p. 410.

⁸⁵ En particular, España no disponía de un régimen particular destinado a la regulación de la admisión de trabajadores altamente cualificados. La obligación de transposición de la Directiva ha llevado a la introducción del artículo 38 tercero por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, 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. *BOE* n.º 299, de 12 de diciembre, que está destinado a regular las condiciones básicas de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, y que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

⁸⁶ Artículo 3, apartado 4 de la Directiva.

como las especificidades que gobiernan el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia de inmigración legal, y su proyección en el desarrollo de las posibilidades ofrecidas por la Directiva arrojan distintas conclusiones que nos hacen ser un tanto escépticos con respecto al valor añadido de la misma.

En primer lugar, en términos de poder de atracción de inmigración cualificada, los sistemas de puntos están dotados de la ventaja de ofrecer una mayor flexibilidad principalmente por no estar basados en las ofertas o contratos de trabajo. El elemento principal destinado a aumentar el atractivo de la Unión Europea —la movilidad intracomunitaria— no puede considerarse un elemento determinante, ya que su regulación es rígida y limitada, y en modo alguno ofrece derechos comparables a los de libre circulación. Descontando el valor añadido de la movilidad intracomunitaria, la armonización llevada a cabo por la Directiva no tiene más valor que el obligar a los Estados miembros a introducir regulación específica relativa a la admisión de trabajadores altamente cualificados, en el caso de que no dispusieran ya de ella.

En segundo lugar, la Directiva no pone fin a la competición interna entre Estados miembros. Reino Unido y Dinamarca se presentan como opciones atractivas fuera de la política de inmigración común. Pero incluso en el ámbito de ésta, existe la posibilidad de proliferación y persistencia de regulaciones relativas a la admisión de trabajadores altamente cualificados, según expresamente prevé la propia Directiva. Por lo tanto, la competencia por los trabajadores altamente cualificados seguirá entre los Estados miembros, tanto dentro como fuera del ámbito de la política de inmigración común. La competición en sí no es negativa, y puede desencadenar un procedimiento opuesto al *race to the bottom*, ya que los Estados miembros, ante la insuficiencia del sistema provisto por la directiva, pueden embarcarse en una competición para ofrecer las condiciones más favorables a los trabajadores altamente cualificados⁸⁷. De ser este el caso, los Estados miembros podrían introducir sistemas alternativos que se ajustasen a otras presunciones, y por lo tanto, el carácter armonizador de la Directiva quedaría privado de mucho de su sentido. Esta realidad juega, asimismo, en contra de la movilidad intracomunitaria y pone una vez más de relieve las enormes dificul-

⁸⁷ Es lo que algún autor ha denominado *spiraling race*. Véase SHACHAR, A.: *op. cit.*, p. 118.

tades que acechan la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia como un espacio migratorio único.

En tercer lugar, si bien queda claro que la armonización absoluta no es el objetivo principal de la Directiva comunitaria, no parece que ésta se ajuste a la función de presentar a la Unión Europea como un espacio migratorio común. En efecto, conoedora de las limitadas posibilidades de armonización, la Comisión concibió la Directiva como una suerte de estrategia publicitaria que demostrara una común predisposición favorable respecto a la inmigración altamente cualificada, capaz de presentar a la Unión Europea como un espacio migratorio que pudiera competir eficazmente en la arena internacional con USA, Australia y Canadá. Pese a su sonora denominación, la Directiva *Blue Card*, dadas sus excepciones, limitaciones y falta de flexibilidad, no consigue enviar un mensaje claro y conjunto que exprese la voluntad de acoger favorablemente a los trabajadores altamente cualificados.

En definitiva, habrá que esperar a la completa trasposición de la Directiva *Blue Card*, y a sus efectos en las políticas migratorias de los Estados miembros para obtener una evaluación de dicho sistema y de su interrelación con sus competidores internos y externos. Una reconsideración de la regulación actual será siempre más fácil a la vista de que tras la reforma de Lisboa la migración legal pasa a quedar regida por el procedimiento legislativo ordinario. Ante las dificultades de reconducir el sistema de *Blue Card* hacia la dinámica de los sistemas de puntos, iniciativas tales como la introducción de visados para la búsqueda de empleo, encaminadas a introducir elementos complementarios que contribuyan a aumentar la flexibilidad del sistema, deberán ser reconsideradas a la luz de la futura evolución de los efectos de la norma. En todo caso, queda claro que el éxito del sistema pasa por una revisión al alza de las condiciones de movilidad intracomunitaria de los trabajadores altamente cualificados. Las deficientes condiciones de movilidad interna de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea es, en efecto, una de las grandes asignaturas pendientes del Espacio de libertad, seguridad y justicia⁸⁸.

⁸⁸ Sobre esta cuestión: IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: «Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies and Challenges of the New Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice», *European Law Journal*, 2009, vol. 15, Issue 6, pp. 791-805; KOCHAROV, A.: «What Intra-Community Mobility for Third-Country Workers?», *European Law Review*, 2008, vol. 33, n.º 6, pp. 913-926.