

Los incumplimientos propios de la contratación legal de los trabajadores extranjeros y sus consecuencias. -



Por Eugenio de la Cruz Silva.
Graduado Social.
Editor de la Web elasesorlaboral.com

Después del llamado “*proceso de normalización*” que se contemplaba en la disposición transitoria tercera del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero “*sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*”, las únicas vías posibles para que se produzcan los permisos de residencia y trabajo es por medio de la denominada “*regulación permanente*” que incluye los procedimientos de reagrupación familiar y el trabajo de los estudiantes extranjeros, así como los permisos por “*circunstancias excepcionales*”, con lo que en el nuevo mecanismo permanente de acceso a las autorizaciones de residencia y trabajo el trámite ordinario, paradójicamente, puede ser a su vez excepcional. Entre las denominadas causas por “*circunstancias excepcionales*”, estarían el llamado arraigo laboral y el arraigo por permanencia en el territorio nacional.

Sea por las causas ordinarias, las previstas en los Art. 48 y siguientes, sea por las “*circunstancias excepcionales*”, previstas en los Art. 45 y siguientes o por alguno de los supuestos regulados en los Art. 90 (estudiantes) y Art. 96 (reagrupación familiar), todos ellos del citado Reglamento, el sistema para la concesión administrativa de los permisos de residencia y trabajo por cuenta ajena exige de modo general que exista un previo compromiso por parte un empresario de que va a mantener la relación laboral durante un periodo de tiempo, mínimo de un año en los supuestos de los permisos por “*circunstancias excepcionales*” (Art. 46,b) y por el tiempo que dure “*el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar*” (Art. 50, b) en el resto de los casos. Están únicamente exceptuados de tal requisito algunos de los supuestos incluidos en las denominadas “*circunstancias excepcionales*” que se mencionan en los puntos 3,4,5 y 7 del Art. 45 del Reglamento ya citado y que tienen acceso directo al permiso de residencia y trabajo sin estar vinculados inicialmente a un empresario en concreto.

Por lo tanto por parte de los empresarios frente a los trabajadores extranjeros que contratan de modo legal solo se pueden dar dos tipos de incumplimientos, con la característica de ser propios y exclusivos de estas relaciones, puesto que estos no se pueden darse con los restantes trabajadores nacionales o asimilados, los dichos incumplimientos son:

- a) Que no se inicie la relación laboral prometida y por lo tanto no se les afilie a la seguridad social en el plazo reglamentariamente establecido.

- b) Que se de por terminada de forma unilateral la relación laboral antes periodo del tiempo mínimo establecido o durante la vigencia del permiso de residencia y trabajo.

Ante estos posibles incumplimientos existe una creencia generalizada, incluso entre algunos de los profesionales de asesoramiento laboral, de que las consecuencias son irrelevantes, a lo que ha contribuido sin duda la redacción del punto 14 del Art. 51 y el Art. 54, ambos del antes citado Reglamento.

Es por lo tanto creencia generalizada que el no iniciar la relación laboral prometida a un extranjero solo supondrán únicamente para el empresario y en el peor de los casos, que *“la autoridad competente requerirá al empresario o empleador que solicitó la autorización para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente”* (Art. 51, 14 del Reglamento) . Así mismo es igualmente parte de esa creencia generalizada el convencimiento de que basta con garantizar la permanencia del extranjero durante un periodo de contratación de tres meses, pudiendo después despedirlo de forma improcedente, pues este es el periodo mínimo necesario para que se le conceda luego al mismo la renovación del permiso de residencia y trabajo (Art. 54 del Reglamento).

El propósito de este trabajo es demostrar lo erróneo de las dichas creencias y exponer cuales son desde nuestro punto de vista las consecuencias que pueden derivarse de darse alguno de los citados incumplimientos propios y específicos de la contratación legal de trabajadores extranjeros así como cuales son los procedimientos y las posibles consecuencias, que se pueden dar como resultado de los mismos.

En tal sentido hemos de comenzar por recordar que la normativa mencionada, sobre la que se sustenta lo que hemos denominado *“creencia errónea”* que antes hemos descrito, esto es el Real Decreto 2393/2004 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero es una norma de carácter administrativo que regula el proceso de obtención del permiso de residencia y trabajo, cuyo requisito, es bueno ahora recordar, no es imprescindible para que exista una la relación laboral con el trabajador extranjero con todas sus consecuencias, como la jurisprudencia social nos recuerda de forma constante (T.S. 29-09-2003), porque el contrato de trabajo con un trabajador extranjero sin existir el correspondiente permiso de trabajo no es un contrato nulo . Por lo tanto dicha norma administrativa solo es reguladora del mecanismo de acceso a la autorización de residencia y trabajo pero no puede regular ni mucho menos limitar los derechos laborales que los trabajadores extranjeros tienen adquiridos como consecuencia del contrato de trabajo o promesa del mismo que han establecido con el empresario.

Por lo tanto es la aplicación del derecho laboral la que producirá otras consecuencias distintas a las que menciona la normativa administrativa para los casos de que el empresario incumpla sus deberes singulares frente al trabajador extranjero contratado de forma legal, bien porque no se inicie la relación laboral prometida y por lo tanto no le afilien a la Seguridad Social bien porque de por

terminada la relación laboral antes del tiempo mínimo establecido o durante la vigencia del permiso de residencia y trabajo iniciales.

En primer lugar vamos a estudiar el supuesto de no iniciar la relación laboral prometida y por lo tanto no se afilie los trabajadores extranjeros a la Seguridad Social.

En este supuesto, ya lógicamente con el trabajador extranjero en nuestro país bien porque vino de forma expresa para establecer el contrato bien porque se encontraba en alguna de las llamadas "*circunstancias excepcionales*", o se daban en el alguno de los supuestos establecidos en los en los Art. 90 (estudiantes) y Art. 96 (reagrupación familiar) del mentado Reglamento, desde nuestro punto de vista, estaríamos ante un incumplimiento de un precontrato, figura admitida tanto en la doctrina científica como en la legal, que en la jurisprudencia laboral esta plenamente establecida y que daría lugar a la acción legal de solicitar la indemnización por los daños y perjuicios causados, pues como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de marzo de 1995, en este tipo de incumplimientos no existe un despido.

Así pues tendríamos entre los posibles importes a reclamar por los daños y perjuicios causados no solamente por el llamado "*lucro cesante*", recordemos que según el artículo 1106 del Código Civil la indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimiento doloso o negligente de tipo contractual comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido sino también la ganancia dejada de obtener, por lo tanto es también exigible el "*lucro emergente*"; por lo tanto junto a los salarios dejados de percibir se podrían reclamar las cotizaciones de los mismos, pues son necesarias para devengar unas futuras prestaciones, como sería la de desempleo, y así mismo, siempre cuando se pudieran probar sus importes, se podrían incluir los gastos de transporte o de viajes efectuados por el trabajador extranjero con la finalidad de cumplimentar el contrato de trabajo posteriormente frustrado.

Por lo antes expuesto podemos afirmar que no son una banalidad las posibles consecuencias que el incumplimiento de esa promesa de contratación de un trabajador extranjero puede tener para el empresario además que hay que considerar que la acción para reclamar por daños y perjuicios se pueden ejercerse dentro del año siguiente al incumplimiento, por ser el plazo general establecido en el Art. 59, 1 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto al supuesto incumplimiento consistente en que se de por terminada de forma unilateral la relación laboral antes periodo mínimo de contratación establecido o durante de vigencia del permiso de residencia y trabajo. Es nuestra opinión que estaríamos ante un despido que resultaría ser improcedente y no nulo, como ya ha declarado el TSJ de las Islas Baleares en Sentencia de 6 de Julio de 1998, si bien con unas consecuencias distintas de las normales, esto es sin la posibilidad de sustituir la obligación de readmitir por la indemnización.

Entendemos que estos contratos ya nacerían con una obligación, libremente aceptada por el empresario, cual es el mantener la duración del mismo durante un

tiempo determinado, un mínimo de un año en el casos de los permisos por “*circunstancias excepcionales*” y por el tiempo que dure “*el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar*” en el resto de los casos .

El establecimiento de este tipo de obligaciones – mejoras contractuales – están admitido como valido por la jurisprudencia social y se incorporarían de modo singular a la naturaleza del contrato con el trabajador extranjero ya no solo por ser una obligación previa e imprescindible el que exista ese precontrato o promesa de contrato en la tramitación administrativa, que se adjuntara como parte de la documentación necesaria para ese tramite de concesión del permiso de residencia y trabajo, si no porque además es licito su establecimiento como derecho sustantivo que forma parte de política reguladora en materia de emigración por parte del Estado, al buscarse que los extranjeros que se incorporen al mercado de trabajo tengan garantizada la ocupación y no supongan una carga futura para el sistema publico de Seguridad Social, algo que estaría en consonancia con la obligación que se impone a los trabajadores extranjeros de regresar a sus países de origen, una vez finalizado el contrato de trabajo, en los supuestos de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada que establece el Art. 55 del tantas veces aludido Reglamento.

Por lo tanto sería viable que en caso de que el empresario incumpla la obligación de mantener la relación laboral, que pueda iniciar un proceso por despido improcedente, lógicamente en el plazo de 20 días hábiles como marca el numero 3 del Art. 59 del Estatuto, en el cual se solicitara, además de los salarios de tramitación, la condena a la readmisión por el tiempo el tiempo que reste de contrato sin que pueda operar lo establecido en el Art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a la opción por parte del empresario a la indemnización, puesto que la regulación contenida en dicho precepto tiene carácter de derecho necesario relativo, que como tal, puede ser mejorado, habiéndose admitido por la jurisprudencia social la posibilidad no solo de aumentar el importe de la indemnización (T.S. 23-05-2005 y 29-6-2001) si no también cambiar el sentido de la opción (T.S. 5-10-2001) por medio de una mejora convencional, pactada mediante acuerdo individual o colectivo.

Por lo tanto la cláusula de compromiso de mantenimiento de la relación laboral de los trabajadores extranjeros, bien por un año bien por el tiempo que dure el permiso de residencia y trabajo, podría entenderse como una mejora contractual de exigible cumplimiento en el proceso por despido improcedente, que en el caso de negarse el empresario a la reincorporación del trabajador guardaría cierta analogía con el supuesto establecido en el Art. 295 de la Ley de Procedimiento Laboral y como en tal caso podría ordenar el juzgado, en la ejecución de la sentencia, el mantenimiento del trabajador extranjero en situación de alta en la seguridad social y el abono de los salarios aun sin contraprestación laboral por parte del mismo.

Por lo tanto, tal como ocurría en el supuesto anterior, el incumplimiento empresarial con respecto al mantenimiento de la relación laboral con el trabajador extranjero puede ocasionarle al mismo muy serias consecuencias.

Conclusiones:

La contratación laboral de los trabajadores extranjeros dentro del marco legalmente establecido, tiene unas obligaciones propias y singulares. Como resultan ser el inicio de la relación laboral y el alta del trabajador en la seguridad social, en los plazos administrativos establecidos y el mantenimiento del contrato de trabajo durante el tiempo mínimo comprometido o por el tiempo que dure el permiso de residencia y trabajo.

El incumplimiento por parte del empresario de alguna de estas obligaciones da derecho al trabajador extranjero a las siguientes acciones ante la jurisdicción laboral:

- En caso de incumplimiento de la obligación de inicio de la relación laboral el trabajador extranjero podrá ejercer, en el plazo de un año, la acción por daños u perjuicios, solicitando el abono de los salarios dejados de percibir, la cotización a la seguridad social y los daños accesorios que se le hubieran podido causar.
- En el caso de incumplimiento de la obligación de mantenimiento del contrato de trabajo por el tiempo pactado o por el tiempo que dure el permiso de residencia y trabajo el trabajador extranjero podrá ejercer, en el plazo de 20 días hábiles, la acción por despido improcedente, solicitando la readmisión en el puesto de trabajo por el resto del tiempo que falte para el cumplimiento del tiempo establecido como mínimo en el contrato o por el tiempo que falte de permiso de residencia y trabajo, junto a los salarios de tramitación. Pudiéndose solicitar en el caso de negarse el empresario a la reincorporación del trabajador, en el proceso ejecutorio de la sentencia, el mantenimiento del trabajador extranjero en situación de alta en la seguridad social y el abono de los salarios aun sin contraprestación laboral por parte del mismo.

Además de todo lo dicho, no hay que olvidar que cualquiera de dichos incumplimientos se pueden entender como una conducta fraudulenta tipificada como “*simulación o engaño en el reclutamiento o en la contratación de los emigrantes*” (Art. 36,2 del R.D.L. 5/2000 – Ley de infracciones y sanciones en el orden social-) y por lo tanto ser motivo de sanciones tras una actuación por parte de la Inspección de Trabajo, que el trabajador extranjero podrá solicitar mediante la correspondiente denuncia en vía administrativa.

correo@eugeniodelacruz.com