

VIII CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE ABOGADOS LABORALISTAS

"Aspectos laborales para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres"

Ciutat de la Justicia, Valencia, 23 y 24 de noviembre de 2007



***Asociación Nacional
de Abogados Laboralistas***

CONCLUSIONES

Mesa de trabajo de Derecho Laboral Comunitario e Internacional

"El trabajo de los extranjeros en España: un repaso a las responsabilidades empresariales de las empresas que contratan extranjeros"

Por Isabel Pedrola Román Naranjo

1º. La contratación nominativa de extranjeros no comunitarios, su casuística

Ante todo estamos acotados por la autorización administrativa correspondiente, en base a lo establecido en la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX) (Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000), y una vez con la autorización se encuentra el extranjero con la particularidad de que el primer año sólo puede trabajar en la provincia y en el Régimen que se le haya autorizado el permiso de trabajo y residencia.

Si bien a las empresas el problema se les plantea con los extranjeros que quieren contratar, pero la legislación vigente solo permite contratar nominativamente de forma "a distancia", si no tienen autorizaciones anteriores. Pues la selección es prácticamente irreal realizarla sin tener a la persona para poder entrevistarla. A ello hay que añadir que se debe realizar una oferta de empleo con definiciones concretas del puesto ofertado, salario, jornada, etc..., sin contar que en la actualidad en el momento de aprobar o no el Permiso de residencia y Trabajo (PTR) inicial, la concreción del puesto de trabajo obligatoriamente debe estar incluido dentro de los listados de ocupaciones vacantes que cada trimestre se publican las Oficinas de empleo para cada Provincia; con el problema que si se realiza la solicitud de PTR al final del trimestre te puede resultar que al siguiente no esté esa ocupación vacante, y por tanto su consecuente denegación del PTR.

Mención hay que realizar al Contingente de trabajo para extranjeros, que es el mecanismo de acceso al mercado de trabajo de trabajadores extranjeros que no se hallan ni residen en España y que canaliza los flujos de nuevos trabajadores procedentes del exterior (Nació en 1.991, y se aprueba anualmente) va referido a concretos sectores y actividades profesionales. Otorgando una autorización para trabajar o un visado de búsqueda de empleo para determinadas actividades.

El empresario debe tener en cuenta que incumplir con sus responsabilidades, contratando trabajadores extranjeros sin el preceptivo PTR, le puede suponer una multa de de 40.986.- a 187.515.- euros, según lo establecido en el Art. 37. de la Ley de Infracciones y Sanciones de orden Social (LISOS) por la comisión de falta muy grave por "utilizar" trabajadores extranjeros sin Permiso de Trabajo y Residencia.

2º. Problemática en la contratación genérica y/o colectiva de extranjeros

La LOEX prevé la contratación colectiva y/o genérica de extranjeros (sin PTR) en el país de origen, si bien no puede acceder a dicha contratación cualquier empresa. Están legitimados organizaciones empresariales o las empresas directamente, que cumplan ciertos requisitos.

Las ofertas deberán ser de puestos de trabajo estable; no puede ser en un número inferior a 10 puestos de trabajo.

Las condiciones de la oferta son mucho más extensas que las de la nominativa, y también se precisa como requisito condicionante, el alojamiento, transporte y manutención, a diferencia de la oferta nominativa.

Las ofertas se cursan preferentemente en países con los que se tienen firmados acuerdos migratorios como, Marruecos, Ecuador, Colombia, República Dominicana y Rumania, Polonia, Bulgaria, que actualmente han perdido su fuerza por pertenecer a la Unión Europea. Asimismo se encuentra pendiente de formalizar con Ucrania.

3º. Aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales por falta de cualificación y de comprensión del idioma a trabajadores extranjeros

Como está siendo práctica habitual de la actuación inspectora exigir un alto cumplimiento de formación en información en materia de Prevención de Riesgos Laborales a los trabajadores, las empresas se están encontrando cotidianamente con la problemática de la equiparación, comprensión y/o homologación de las diferentes profesiones o cualificaciones de los trabajadores extranjeros que tienen reconocida una homologación de su título, ya que las traducciones pueden dar lugar a equivocaciones respecto al trabajo ofertado o a la cualificación requerida para ese puesto.

Sería interesante que el Gobierno, por medio del Organismo competente, creara un índice con equiparación de las profesiones no cualificadas o no tituladas que no pueden ser motivo de homologación por el Ministerio de Educación.

Por otro lado también se da actualmente un problema, respecto a la información y formación a los trabajadores de habla no hispana, como es el idioma, exigiendo la actuación inspectora demostración de la comprensión clara de la información por parte de los trabajadores, y en su defecto de facilitarlos en el idioma del trabajador extranjero.

Ello se está realizando actualmente por parte de algunos servicios ajenos, en los que el manual de información de Prevención de Riesgos Laborales y del puesto de trabajo se les entrega a los trabajadores extranjeros en su lengua de origen.

Lo cual entendemos deberá exigirse, como regla general, ya que el poderse comunicar en español, por parte de muchos trabajadores extranjeros, no significa que de lugar a una comprensión correcta de las explicaciones verbales y por escrito que se le den a los referidos trabajadores.

Para ello debería crear el propio Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, u organismo competente, unas guías en los idiomas más habituales de contratación de extranjeros (árabe, chino, pakistaní, rumano, polaco, y por supuesto en las lenguas de la C.E), en las que se incluyeran las funciones básicas de los puestos de trabajo más habituales ocupados por extranjeros, tales como albañil, camarero, electricista, pintor, etc., así como los principios generales de los riesgos laborales.

Ello facilitaría a las empresas que contraten mano de obra extranjera, comunitaria o no, dar un mayor cumplimiento a la normativa de prevención de Riesgos laborales, y evitar multas, que la LISOS, prevé entre 40.000 euros y 819.780 euros, por incumplimiento de la referida normativa.

4º. Dificultad de dar cumplimiento por las empresas a la normativa en contratación colectiva de extranjeros por la falta de armonización entre los países (Datos empresas, de trabajadores, etc)

Nos encontramos habitualmente que nuestras empresas contratan "cuadrillas" o subcontratan empresas, tanto para trabajar en España, como empresas españolas que trabajan en el extranjero, tales como en obras, en ferias, etc... , y debiendo dar cumplimiento al Art. 33 a 36 LISOS, resultando en la mayoría de los casos totalmente imposible de realizar.

Por un lado por desconocimiento, tanto unos como otros, de la normativa de cada país y qué datos y documentos solicitar.

Y por otro, resulta de nula posibilidad de ejecución la obligación de la comunicación de la "apertura de centro de trabajo", pues los datos empresariales, incluso personales de los trabajadores, no son unánimes en todos los países, así como algo tan sencillo como su definición, por ejemplo, qué se entiende en cada país como "centro de trabajo".

Nos volvemos a repetir, respecto que si la legislación fuera clara y unánime, los empresarios no tendrían los problemas que les generan las lagunas legales, así como las situaciones de indefensión, como resulta, entre otras, a la hora de comunicar la apertura de centro de trabajo, como prevé el Art. 10 de la LISOS, que tipifica como falta leve el comunicar extemporáneamente la apertura de centro de trabajo y de muy grave, el no comunicarlo; y desconociendo totalmente las posibles sanciones en las que pudieran incurrir los empresarios en otros países, por no cumplir requisitos empresariales para prestar servicios fuera del territorio español, existiendo el problema no solo con terceros países, si no con todos los de la Unión Europea.

5º. Dificultad de dar cumplimiento a la normativa en relación a las medidas de coordinación cuando vienen trabajadores comunitarios o extracomunitarios a trabajar a España

Las dificultades expresadas en el apartado anterior, son totalmente extensibles al presente, ya que todo ello viene a colación con la responsabilidad empresarial de la obligación de establecer las medidas de coordinación de actividades empresariales, tanto de las medidas de coordinación previstas en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, como del art. 24 de la LPRL y desarrollado por el R. Decreto 171/2004, entre las empresas que coinciden en un mismo centro de trabajo, y que deben establecer las disposiciones mínimas para prevenir los riesgos laborales derivados de la concurrencia de actividades empresariales. Práctica un tanto difícil si se realiza entre empresas extranjeras, y con mayor complicación si la prestación de servicios se realiza fuera de España, pero ello no es óbice para que deba cumplirse con la normativa vigente a las empresas españolas.

Su incumplimiento puede dar lugar a una sanción muy grave, según el Art. 13, 7º Y 8º, de la LISOS.

6º. Falta de doctrina unificada sobre cuál es la legislación aplicable en el caso de contratación de extranjeros para una obra o servicio, por empresas españolas

Nos encontramos ante una falta de jurisprudencia, por no decir de evidente falta de normativa, que ampare a empresas y trabajadores extranjeros, tanto desplazados a otras empresas del mismo grupo empresarial, pero que realizan sus funciones en centro de trabajo fuera de su lugar de origen contractual; como trabajadores que son contratados por empresas para prestar sus servicios fuera de su país de origen; como, también, empresas que contratan trabajadores extranjeros que desarrollan su prestación de servicios en país diferente del de origen; así como muchas otras que se producen en la actualidad dada la realidad en contratación laboral, dentro y fuera de la Unión Europea.

Sea cual sea la situación, debería desarrollarse cuál es la legislación aplicable, con especificación al orden social, sobre todo en la Comunidad Europea, ya que se abusa de las ventajas de estar en un país miembro u otro, tanto a niveles de ventajas sociales como laborales durante la relación laboral, como a raíz de la extinción contractual.

Los organismos competentes deberían por tanto legislar los requisitos de aplicación de normativa sustantiva en los supuestos de trabajadores que presten sus servicios en país diferente al de origen, y/o en los casos de trabajadores desplazados temporal o esporádicamente, como mínimo entre los países de la Comunidad Europea, pues la Directiva de Libre Circulación de trabajadores, y sus reglamentos de desarrollo no son suficientes a la hora de la contratación laboral efectiva.

7º. Aplicación de los convenios de Seguridad Social entre Estados miembros de la UE, así como entre Terceros Estados

Todavía la realidad social española no es consciente de la problemática del incremento de la emigración en España.

Por un lado, a pesar de encontrarse regulado específicamente, y con años suficientes de aplicación, entre los países miembros de la C.E., con los nuevos países incorporados se están produciendo una descoordinación de sistemas de Seguridad Social, que los trabajadores, desplazados o prestando sus servicios en países diferentes de los de origen, están en muchas ocasiones en situación de indefensión o desamparo.

Asimismo, en algunos temas, como es el de prestaciones de Incapacidad Temporal, Maternidad, asistencia sanitaria, el trabajador comunitario con cotizaciones en varios países miembros se encuentra con problemas que no están solucionados para una rápida tramitación a la solicitud de dichas prestaciones, tales como carencia, base de cotización, familiares a cargo domiciliados en país distinto de la prestación de servicios y por tanto de la afiliación y cotización a la Seguridad Social.

Por otro lado, con los países que no existe Convenio Bilateral de Seguridad Social, ratificado por ambos países, se produce una situación de inseguridad jurídica para los ciudadanos extranjeros migrados de su país de origen, y con

la problemática consiguiente para los operadores jurídicos al respecto, y por supuesto para los empresarios, al desconocer cuál es la realidad social del trabajador extranjero contratado.

Conclusiones

La realidad española es que el aumento de trabajadores extranjeros, tanto comunitarios como de terceros países, ha sido y es espectacular en los últimos años, y la normativa no se ha adecuando a esa realidad y por tanto los problemas de las empresas son numerosos, tanto de contratación, comunicación, aplicación normativa, como de prestaciones de Incapacidad Temporal, entre otros; y los trabajadores también se encuentran con excesivas lagunas legales, que impiden a unos y otros, empresas y trabajadores, un ágil cumplimiento de la normativa española, como de disfrutar de derechos sociales, debiendo instar a los Organismos competentes para una rápida adaptación a la realidad laboral española.