

Directiva 2009/52/CE – 18 junio 2009 – sanciones empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular

Santander, 18 de abril 2015

Primero, me gustaría agradecer al Dr. Andrés Ceballos Cabrillo la invitación a participar en esta reunión anual Red Europea de Abogados de Inmigración, para hacer una presentación de la Directiva 2009/52 / CE– 18 junio 2009 sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Me referiré a estos nacionales de terceros países como inmigrantes en situación irregular.

Esto es más de un instrumento jurídico de la UE en su política contra la inmigración ilegal, que no está exento de críticas. Voy a hacer una breve presentación de los aspectos más importantes de este instrumento jurídico y destacaré al final de mi intervención dos aspectos que me parecen más problemáticos u objetables y que tienen que ver con su alcance y su propósito.

I. Objetivo – art. 1 y 3

El objetivo principal de esta Directiva es la prohibición en toda la UE del empleo de inmigrantes irregulares y establecer una serie de sanciones administrativas y penales para los empleadores que contratan a esos inmigrantes y no cumplan con una serie de obligaciones administrativas de control de la regularidad migratoria de los trabajadores extranjeros que contratan.

Empleo está definido como cualquier tipo de trabajo por cuenta o bajo la dirección o supervisión de un empleador.

Para la Directiva empleo ilegal es la contratación de un inmigrante en situación irregular.

Los EM podrán no aplicar la directiva a los empleadores de inmigrantes en situación irregular cuya expulsión haya sido aplazada y tengan derecho a trabajar.

Asimismo, no hay sanciones para los inmigrantes que violen la prohibición - su sanción es la expulsión, impuesta por la Directiva Retorno.

II. Ámbito de aplicación personal – Art. 1 e 2

Qué personas están cubiertas por el la Directiva?

Dos tipos de personas

1. El nacional de tercer país en situación irregular (Me referiré siempre como inmigrante – el extranjero que no cumple o haya dejado de cumplir (overstayer) condiciones de permanencia/residencia legal
 - a. Exclusión: ciudadanos de la UE; Inmigrantes en situación de residencia legal pero sin permiso para trabajar – por ex. turistas con visto de corta duración, estudiantes, requirentes de asilo etc.
2. Empleador que está definido como toda la persona física o jurídica para la cual o bajo cuya dirección o supervisión el inmigrante en situación irregular ejerza el empleo: particulares, empresarios, instituciones sin fines lucrativos, agencias de trabajo temporal, etc.
 - a. Exclusiones: Estado, organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado; OI públicas.

III. Medidas preventivas: Obligaciones de control y notificación (art. 4)

Esta Directiva también aumenta la carga administrativa de los empleadores, que se transforman en vanguardia de los controles de inmigración, una función que corresponde a los Estados miembros.

Esto porque el artículo 4 establece una serie de obligaciones administrativas de los empleadores relativamente a cualquier inmigrante, con la finalidad de prevenir la contratación de inmigrantes irregulares, nómadamente las obligaciones de :

1. Exigir a todo inmigrante que obtenga y presente un permiso o autorización de residencia válido (antes de ser contratado)
2. Conservar copia o registro del permiso o autorización de residencia durante el período de empleo
3. Notificar el inicio del empleo de lo inmigrante a las autoridades nacionales competentes
 - a. EM podrán establecer procedimiento simplificado para particulares (personas físicas) si el empleo se circunscribe al ámbito particular.

- b. EM podrán exceptuar la comunicación del empleo de inmigrantes con estatuto de residente de larga duración.

No es razonable exigir a los empresarios que detecten documentos falsificados – ni siquiera tienen formación para un tal control. Así si el documento presentado como permiso o autorización de residencia é falso los empleadores no son sancionables, a menos que supieran que el documento era falso.

Pero, ¿quién debe demostrar que el empleador supiera que el documento era falso. El Estado? ¿O es el empleador quien debe probar que no sabía para escapar del castigo. Es algo que la Directiva no responde con claridad y hace la eficacia desta medida dudosa. Demostrar que el empleador supiera que el documento es falso puede ser tan difícil como para lo empleador demostrar que no sabía. Si lo documento era a todas luces falso (por ex. un documento con una fotografía que no corresponde al trabajador) es razonable suponer que el empleador haría conciencia de su falsificación.

Pero a menudo las falsificaciones se detectan únicamente por expertos y no es razonable pedir al empleador que tenga la experiencia de un experto en documentos falsificados. Habrá que ser el Estado a probar si quiere echarle la culpa y sancionar-lo.

IV. Sanciones aplicables a los empleadores

Otro aspecto central de la Directiva son las sanciones aplicables a los empleadores, que pueden ser de naturaleza administrativa, civil o criminal.

Por lo que dice respecto a las sanciones económicas o administrativas, la Directiva prevé las siguientes (art. 5 - 7)

- a. Multas (a definir pelos EM y incrementadas según el número de inmigrantes empleados ilegalmente) y
- b. El pago de los gastos de retorno de los inmigrantes irregulares (costo medio pode estar reflectado na multa);
- c. El pago de remuneración pendiente al inmigrante (y costes de envío de los pagos atrasados al país al que el inmigrante haya retornado o haya sido devuelto), de las cotizaciones sociales e impuestos que haber sido abonados

La Directiva también establece la responsabilidad solidaria o subsidiaria de lo contratista de lo empleador subcontratista en relación al pagamiento de las sanciones económicas y de las remuneraciones pendientes. También los subcontratistas intermediarios que supieran que el empleador subcontratista empleaba inmigrantes irregulares poden ser responsables solidarios o subsidiarios por el pago de las sanciones económicas e remuneraciones pendientes.

La Directiva también prevé otras medidas accesorias aplicables a los empleadores

- i. Exclusión del disfrute de ayudas o subvenciones públicas (incluidos los fondos de la UE gestionados por los EM) durante un período máximo de 5 años;
- ii. Exclusión de la participación en licitaciones públicas durante un período máximo de 5 años;
- iii. Recuperación de prestaciones, ayudas o subvenciones (incluido fondos de la UE) concedidas al empleador durante los 12 meses anteriores a la comprobación del

Tiendo en consideración la situación específica de los particulares que emplean a inmigrantes en el servicio doméstico, la Directiva establece la posibilidad de los Estados miembros adoptaren un régimen sancionatorio más favorable, que me parece impuesto por una cuestión de proporcionalidad. Situación específica de lo empleador (persona física) que emplea un inmigrante irregular en el ámbito particular (por ex. Servicio doméstico): EM podrán

Reducir las sanciones económicas, desde que no se dan condiciones de trabajo especialmente abusivas (art. 5 (3), y
Decidir no aplicar las otras medidas accesorias (art. 7 (2).

2. Sanciones penales (art. 10)

Para las situaciones más graves de empleo de inmigrantes irregulares, la Directiva cría delitos criminales
Empleo intencionado de inmigrantes irregulares constituye una infracción penal si el empleador:

- Emplea de forma continua o reiterada inmigrantes irregulares;

- Contrata de forma simultánea a un número importante de inmigrantes irregulares;
- Hace trabajar a inmigrantes en condiciones especialmente abusivas – condiciones de trabajo discriminatorias, desproporcionadas con respecto a las condiciones de empleo que disfrutaban los trabajadores legales y afectan a la salud y a la seguridad de los trabajadores y atentan contra la dignidad humana.
- Emplea conscientemente víctimas de trata de seres humanos (sin haber sido acusado o condenado por un delito de trata de seres humanos);
- Emplea ilegalmente un menor.

La complicidad y la incitación también constituirán un delito criminal.

Sanciones penales aplicables a las personas físicas serán definidas por los EM, pero deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y podrán ir acompañadas de la publicación de la decisión judicial (art. 10)

La directiva también prevé una cláusula standard de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando contraten a inmigrantes irregulares en condiciones que son consideradas delito criminal (art. 11 y 12):

- cuando el delito ha sido cometido por su cuenta, por una persona que ejerza un cargo directivo y que actúe de forma individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica (disponga de poder de representación; autoridad para adoptar decisiones en su nombre o ejercer el control en la misma.
- Cuando haya sido cometido por su cuenta por otra persona, desde que haya una falta de supervisión o control de lo miembro de un órgano con poderes de representación o control

La responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la responsabilidad penal de las personas físicas autoras, inductoras o cómplices del delito.

La naturaleza de las sanciones es definida por los Estados Miembros. Terán de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias e incluir otras medidas (por ex. Exclusión de subvenciones públicas), incluso la publicación de una lista de empleadores

(personas jurídicas) que han sido halladas culpables de lo delito (facultativo).

V. Medidas de protección de los inmigrantes irregulares (art. 6 y 13)

Esta Directiva también establece determinadas medidas para proteger a los inmigrantes ilegales, en especial para protegerlos de la explotación laboral, aunque no evite que una vez detectada una situación de empleo ilegal sean expulsados. Sin embargo, los Estados miembros podrán mantener disposiciones más favorables para los inmigrantes irregulares que sean compatibles con la Directiva (art. 15).

En primero lugar, el derecho a la **recuperación de toda remuneración pendiente** y envío al país al que haya retornado o haya sido devuelto (art. 6 (1) (a) (c). Tiendo en consideración el carácter informal dese tipo relaciones laborales, la Directiva establece dos presunciones iuris tantum en relación al nivel de retribución (al menos igual al salario mínimo aplicable) y a la duración de la relación laboral (al menos 3 meses). También obliga a los Estados Miembros a adoptar mecanismos para garantizar que los inmigrantes perciban toda remuneración pendiente, directamente o a través de una entidad tercera.

Los inmigrantes irregulares también tienen derecho a la **información** sistemática y objetiva sobre los derechos antes de la ejecución de una decisión de retorno (art. 6 (2)).

La Directiva establece también establece la creación de mecanismos nacionales eficaces de **simplificación de las denuncias**, para que los inmigrantes puedan denunciar los empleadores, directamente o a través de terceros (sindicatos, asociaciones, autoridades competentes) con interés legítimo en asegurar el cumplimiento de la Directiva – La prestación de asistencia a los inmigrantes no puede considerarse facilitación de la inmigración ilegal (art. 13).

Por fin, se prevé la posibilidad de expedición, caso a caso, de **autorización de residencia temporal** a los inmigrantes irregulares en condiciones especiales. (art. 13(4) e 6 (5), concretamente cuando sean víctimas de condiciones laborales

particularmente abusivas o menores. Sin embargo, la duración de los permisos de residencia es limitada y vinculada a la duración del procedimiento criminal, pudiendo ser prolongada hasta que el inmigrante haya cobrado todas las remuneraciones pendientes.

VI. Medidas de supervisión: Inspecciones (art. 14)

Por último, la Directiva impone a los Estados miembros medidas de supervisión de la prohibición de empleo ilegal de inmigrantes irregulares, concretamente la realización de inspecciones periódicas en los sectores de riesgo, como la construcción, la agricultura, la hotelería, la restauración entre otros. Todos los años están obligados a comunicar a la Comisión las inspecciones realizadas en el año anterior y sus resultados.

Apreciación crítica da Directiva

Estos son, en términos generales, las medidas que la Directiva impone a los Estados miembros. Algunos aspectos son cuestionables.

Voy a destacar tres. Primero la conexión establecida entre el empleo ilegal y la irregularidad de la residencia, que, aparte de plantear la cuestión de su base jurídica, revela una visión muy estrecha del fenómeno de la inmigración ilegal. En segundo lugar, las obligaciones administrativas de los empleadores. Por último, el alcance limitado de las medidas para proteger a los inmigrantes contra la explotación laboral y que tienen que ver con el ámbito de aplicación personal de la Directiva

1. Vínculo entre el empleo ilegal y la irregularidad de la estancia - Base legal - Predominancia de la dimensión empleo

Aunque su objetivo es la lucha contra la inmigración ilegal, esta Directiva tiene una fuerte conexión con la regulación de lo empleo.

En primer lugar, su principal objetivo es prohibir el empleo ilegal de inmigrantes y la reducción de la explotación del trabajo de este grupo de trabajadores. En segundo lugar, los empleadores son los destinatarios de las sanciones. Todo esto plantea dudas sobre su base legal, que debería ser en el marco de las políticas sociales y

de empleo de la Unión Europea. La lucha contra el empleo ilegal debe ser un objetivo de la política de empleo, de la regulación del mercado de trabajo y de la política de lucha contra la economía paralela. No debe ser un objetivo de la política de inmigración y de los instrumentos de su control.

– Visión estrecha del problema de la inmigración ilegal

Por otro lado, esta Directiva se basa en la suposición de que el empleo ilegal es un factor de atracción de inmigrantes ilegales y que la imposición de sanciones a los empleadores reducirá la inmigración clandestina y la explotación laboral de los inmigrantes. Esta es una visión muy estrecha.

En primer lugar, porque la migración es un fenómeno mucho más complejo y multifacético y la posibilidad de empleo (legal o ilegal) es sólo uno de los factores que pueden llevar a las personas a decidir emigrar.

El vínculo entre la irregularidad de la residencia y el empleo ilegal hace que sea un instrumento de eficacia cuestionable. Esto porque no cubre todas las situaciones de empleo ilegal de inmigrantes, especialmente los que tienen una residencia legal, por ejemplo con visados de corta duración, pero no tienen una autorización para trabajar.

La reducción del empleo ilegal y de la explotación de los inmigrantes es en sí misma legítima y necesaria. No lo contesto.

Pero es necesario tener en cuenta que el fenómeno de la migración irregular y las malas condiciones laborales que algunos inmigrantes han, están a menudo vinculados a regímenes legales de inmigración muy restrictivos, poco transparentes y burocráticos, que no se adecúan a la realidad socio-económica y a las necesidades de mano de obra en diversos sectores del mercado de trabajo.

La UE debería, en cambio, adoptar una política de creación de vías de inmigración legal, transparentes y sencillas, que permitan a los empleadores a contratar legalmente la mano de obra que necesitan. Y sólo después de crear un régimen de inmigración legal adecuado, debería, crear un régimen de sanciones. Una vez más se está construyendo la casa por el tejado.

2. Empleadores: funcionarios de control de la inmigración?

Otro aspecto criticable es la transferencia de la función de control de la inmigración del Estado para el sector privado. Esta transferencia tiene una tradición en la UE, con la Directiva de 2001 sobre sanciones a las empresas transportistas. Con las obligaciones administrativas de los empleadores relativamente a cualquier inmigrante no fondo se transfiere a los empleadores la responsabilidad del control de la inmigración. Además de esta ser una tarea profundamente estadual, la medida puede tener efectos perversos de disuadir la contratación de cualquier trabajador extranjero, sea o no indocumentado.

3. Medidas de protección de inmigrantes, lucha contra la explotación laboral y el principio de igualdad

Por fin, es positiva la posibilidad abierta a los inmigrantes ilegales para recuperar los créditos laborales o la posibilidad de acción contra el empleador a través de terceras partes (sindicatos, ONG). Pero ¿por qué sólo los inmigrantes irregulares? Y todos los demás que no están cubiertos por la Directiva, como los inmigrantes legales, ciudadanos de la UE, solicitantes de asilo que también son víctimas de los empleadores sin escrúpulos?

Este es un aspecto de la Directiva que puede ser objetable desde el punto de vista de la igualdad, ya que la posición de otros inmigrantes legales puede también ser débil.

Por esa razón también es de eficacia cuestionable cuanto al objetivo de reducir la explotación laboral, ya que no establece sanciones para la explotación de otros grupos de personas vulnerables, como los inmigrantes legales y ciudadanos de los Estados miembros de la UE que están experimentando profundas crisis y altos niveles de paro y que se someten a las condiciones de trabajo más deplorables en los Estados miembros del Norte de Europa.

Por otro lado, debe haber mecanismos eficaces que permitan a los migrantes a denunciar las situaciones de explotación laboral, sin temor de la expulsión y de la pérdida de posibilidades de sobrevivir. Un inmigrante que tiene un trabajo, por malo que sea,

no va a correr el riesgo de denunciar al empleador. Porque esto significa no solo la pérdida de su trabajo, pero la expulsión.

Por lo tanto, es importante la posibilidad de regularización de su residencia.

Pero, de nuevo, al igual que con las víctimas de la trata de personas, la UE ha adoptado un punto de vista utilitario e instrumental de los inmigrantes. En primer lugar, solo está prevista la expedición de permisos de residencia, caso a caso, a los inmigrantes que son víctimas de condiciones de trabajo especialmente abusivas o son menores de edad – solo para estos dos delitos penales. Todos los otros inmigrantes, víctimas o no de delitos penales y de explotación laboral menos abusiva que denuncien el empleador no tendrán esta posibilidad.

En segundo lugar, incluso para los inmigrantes menores o víctimas de explotación laboral grave, el permiso de residencia sólo será válido para la duración del proceso contra el empleador. Es decir, mientras que son útiles para Estado. Cuando ya no es útil serán expulsados.

Un inmigrante es, ante todo, un ser humano. Y en este tipo de situación es un ser humano vulnerable que debe ser protegido por el Estado y no tratado como una herramienta útil para la lucha contra la inmigración ilegal a menudo causada por la inadecuación de las normas de inmigración legal a la realidad socio-económica y por la ineficiencia y burocracia de la Administración.

Una vez más, la UE no entendió que la mejor manera de prevenir la inmigración ilegal es la creación de vías legales y transparentes de la inmigración, que sean adecuadas a la realidad socio-económica de la UE. Esto es tanto más importante cuanto que la UE está viviendo una recesión demográfica y un envejecimiento de su población, lo que dificulta su desarrollo económico y la sostenibilidad de los sistemas sociales.