

LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ALEMANIA*

[EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY PROTECTION OF IRREGULAR IMMIGRANTS IN GERMANY]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2018
Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2018

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EMPLEO ILEGAL.- III. SITUACIÓN JURÍDICA.- 1.- DERECHO DEL TRABAJO.- 2. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.- IV.- OBSTÁCULOS EN LA REALIZACIÓN JURÍDICA.- V. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. ILLEGAL EMPLOYMENT.- III. LEGAL POSITION.- 1.- EMPLOYMENT LAW.- 2. SOCIAL SECURITY LAW.- IV. IMPEDIMENTS CONCERNING ITS ENFORCEMENT.- V. CONCLUSION.

Resumen: Este trabajo analiza las protecciones que el Derecho alemán del Trabajo otorga a los inmigrantes ilegales. También estudia las protecciones ancladas en el Derecho alemán de la Seguridad Social. Concluye indicando que resulta difícil la exigencia de los derechos, dado que la amenaza de la expulsión condiciona negativamente a los inmigrantes ilegales.

Abstract: This work analyses the protections German employment law gives to irregular immigrants. It also studies the protections linked to the German social security law. It concludes stating that the enforcement is difficult, given that the threat of the expulsion negatively determines the irregular immigrants.

Palabras clave: Alemania, Derecho alemán de la Seguridad Social, Derecho alemán del Trabajo, Empleo ilegal, Inmigración

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

Keywords: *Germany, German social security law, German employment law, Illegal employment, Immigration*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Al tratar de la protección laboral y de seguridad social de los inmigrantes irregulares, se plantea primeramente una dificultad conceptual. El premio Nobel de la Paz Elie Wiesel, fallecido en 2016, ha apuntado acertadamente que el hombre nunca puede ser ilegal¹. Únicamente puede faltar un determinado estatus de residencia o la base jurídica para la actividad retribuida. Consecuentemente, cabe encontrar en la doctrina numerosas perífrasis sobre los afectados: «personas sin papeles de residencia», «migrantes ilegales», «migrantes ilegalizados», «pertenecientes a terceros Estados que se encuentran ilegalmente», «migrantes irregulares», «personas sin estatus de residencia», «personas sin papeles», «sans papiers» o «sin papeles»².

Pero ¿significa la inexistencia del derecho de residencia simultáneamente, también, la falta de la correspondiente protección jurídica para estas personas? Se deduce de la “Wikipedia” alemana, sobre la entrada «Inmigración ilegal y residencia ilegal», que con claridad habría que responder afirmativamente a la cuestión:

«Las entradas sin derecho de residencia conducen a una vida al margen de la seguridad social. Consecuentemente, están sin protección frente a los riesgos más importantes, como el accidente, el desempleo y la enfermedad. [...] Respecto de las condiciones de trabajo, no disfrutaban de ninguna protección laboral y no perciben la retribución correspondiente a sus derechos de actividad».

Desde un punto de vista fáctico, esta descripción parece completamente realista. Las investigaciones de las ciencias sociales muestran que está ampliamente extendida la opinión de que las personas sin estatus de residencia no tienen derechos o, por lo menos, estos últimos no pueden hacerse efectivos³. Pero se plantea la cuestión de si esto también representa la correspondiente ordenación

¹ E. Wiesel, citado según Border Crossing Law Firm, P.C., 2008, <http://nohumanbeingillegal.com/Home.html> (última entrada, 22.12.2017).

² Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi, Einleitung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 8.

³ D. Vogel, Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit: Eine sozialwissenschaftliche Einführung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 27. Sobre indefensión fáctica, cfr. también Lederer/Nickel, Illegale Ausländerbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, 1997, disponible en FES Library, 2000, <http://library.fes.de/fulltext/asfo/00763009.htm> (última entrada, 22.12.2017).

de su posición jurídica. Incluso cuando, a primera vista, ello implica una contradicción: a las personas que trabajan irregularmente pueden corresponderles derechos legales, que también podrían, llegado el caso, hacer valer ante los tribunales.

En lo que sigue, debe ponerse en su sitio, en primer lugar, el empleo irregular, también desde el punto de vista de las ciencias sociales. Se agregarán conclusiones sobre su situación jurídica, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. Para concluir, deben discutirse los problemas de la realización judicial del derecho de accionar.

II. EL EMPLEO ILEGAL

El Gobierno federal establece en su Decimotercer Informe sobre las Repercusiones de la Ley para la Lucha contra la Ocupación Ilegal:

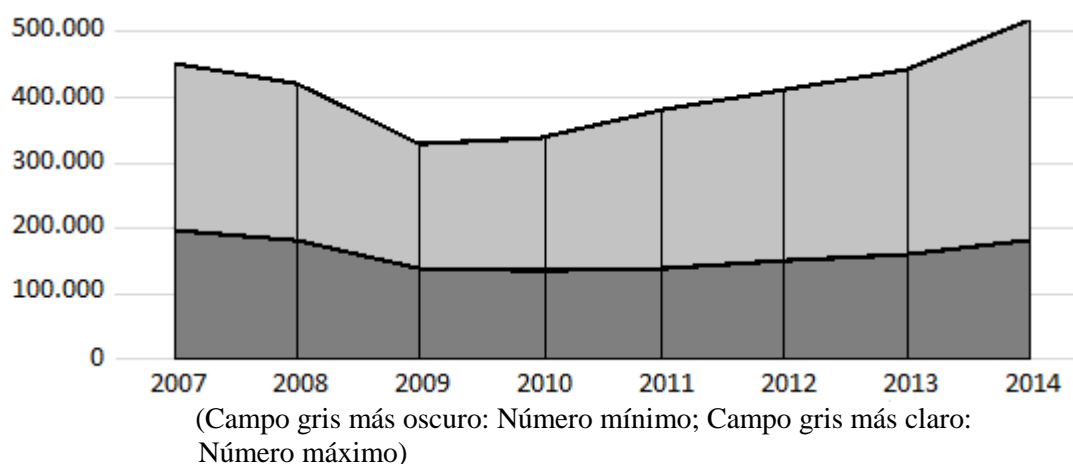
«El alcance y desarrollo del trabajo negro y la ocupación ilegal a medir y a registrar con cifras absolutas, no es posible tradicionalmente. Esto tiene que ver con la naturaleza del trabajo negro, que se desarrolla oculto, como regla, en la economía sumergida, y se escapa a registros estadísticos»⁴.

Al respecto, existen investigaciones que, sobre la base de datos de población activa y estadísticas de la policía criminal, plantean un cómputo aproximado del número de irregulares pertenecientes a otros Estados en Alemania. Según ellas, su número oscilaba en el año 2014 entre un mínimo de 182.000 y un máximo de 516.000 personas (véase, también, el subsiguiente Cuadro 1)⁵. En este caso, no se trata de personas que han conseguido el estatus de residentes sobre la base de datos o papeles falsos, o que son conocidas por las autoridades y estarían jurídicamente obligadas a irse. Más bien, se refieren sólo al cálculo de aquellas personas que viven en Alemania sin el conocimiento de las autoridades de extranjería. Hay que tener en cuenta que sólo una parte de estas personas tiene un trabajo dependiente.

⁴ *Bundesregierung*, Dreizehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, 6.6.2017, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2017/06/2017-06-07-pm-schwarzarbeit-anlage.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (última entrada, 22.12.2017), pág. 5.

⁵ *D. Vogel*, Update report Germany: Estimated number of irregular foreign residents in Germany (2014), julio 2015, Base de datos sobre Migración Irregular, puesta al día del informe, <http://irregular-migration.net/> (última entrada, 22.12.2017).

Cuadro 1: Número calculado de ciudadanos extranjeros que viven irregularmente en Alemania



Fuente: Base de datos de Migración Irregular, 2015

En cuanto a las formas de presentarse el trabajo ilegal, se cuentan en especial las infracciones de las condiciones mínimas de trabajo, como, por ejemplo, las de la Ley del salario mínimo; la cesión ilegal de trabajadores o el empleo ilegal de extranjeros⁶. Sin embargo, en el marco de esta contribución, se abordará sólo el empleo ilegal de extranjeros.

III. SITUACIÓN JURÍDICA

Según el parágrafo 4, apartado 3, inciso 1, de la Ley de Residencia (AufenthG), los extranjeros sólo pueden ejercer una actividad lucrativa cuando el título de residencia les da derecho a ello. En virtud del parágrafo 4, apartado 3, inciso 4, de la Ley de Residencia, los empresarios están obligados, en caso de empleo de extranjeros, a probar la existencia de este requisito. Al respecto, según el parágrafo 4, apartado 3, inciso 5, de la Ley de Residencia, mientras dure el empleo deben conservar la copia del título de residencia, del permiso de trabajo si se trata de trabajo estacional, o del certificado sobre la autorización de residencia o sobre la

⁶ *Bundesregierung*, Dreizehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, 6.6.2017, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2017/06/2017-06-07-pm-schwarzarbeit-anlage.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (última entrada, 22.12.2017), pág. 4 y s.

suspensión de la expulsión del extranjero, en soporte electrónico o en soporte papel. A continuación, debe investigarse qué derechos laborales y de seguridad social pueden existir, a pesar de la prohibición de ocupación lucrativa.

1. DERECHO DEL TRABAJO

Ante todo, se plantea la cuestión de qué repercusiones tiene sobre el contrato de trabajo la falta del título de residencia. Inicialmente, el Tribunal Federal de Trabajo sostuvo que planeaba sobre el contrato de trabajo su ineficacia, cuando al extranjero le faltaba el permiso de trabajo requerido⁷. Pero desde mediados de los años 40, es abundante jurisprudencia firme la de que la falta de exigencias jurídicas a los extranjeros para su empleo no se opone a la eficacia del contrato de trabajo⁸. Esto también se corresponde con la opinión más dominante en la doctrina científica⁹. Más bien, la infracción del Derecho de extranjería conduce únicamente a una prohibición de empleo, a través de la cual no se afectan las prestaciones ya realizadas en el marco de la relación laboral. Por causa de ello, sólo se necesita en caso de prohibición de un empleo duradero una declaración extintiva, para poner fin a la relación laboral¹⁰. Sin embargo, la falta prolongada del título de residencia justifica, como regla, la extinción por razones ligadas a la persona¹¹.

A ello tampoco se opone el que los contratos de trabajo sin título de residencia, típicamente sellados con un apretón de manos, se hayan celebrado sin

⁷ Tribunal Federal de Trabajo de 13.3.1969, 5 AZR 256/68, AP Nr. 4 zu § 35 AVAVG.

⁸ Tribunal Federal de Trabajo de 13.1.1977, 2 AZR 423/75, AP Nr. 2 zu § 19 AFG; Tribunal Federal de Trabajo de 7.2.1990, 2 AZR 359/89, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung.

⁹ BeckOK AuslR/*Breidenbach*, § 98a AufenthG, marg. 1, versión de 1.8.2017; *Däubler*, en: *Däubler/Deinert/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 10ª ed., 2017, § 134 BGB, marg. 12; *Heuschmid/Hlava*, en: *Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid*, Arbeitsrecht – Handbuch, 9ª ed., 2017, § 107, marg. 36; *Huber*, Das Arbeitsrecht der illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen, NZA 2012, 477, 478; *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 92; *Koch*, en: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 35; *Kocher/Nassibi*, Rechte für Beschäftigte als Sanktionen gegen Arbeitgeber_innen – Eine erste Einschätzung der Neuregelung in § 98a AufenthG, en: *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 136; *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 182; *J. Schubert*, Flüchtlinge und Arbeitsrecht, ArbuR 2015, 430; 434; *Wunderle*, en: *Bergmann/Dienelt*, Ausländerrecht, 11ª ed., 2016, § 98a AufenthG, marg. 4.

¹⁰ *Koch*, en: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 35; *J. Schubert*, Flüchtlinge und Arbeitsrecht, ArbuR 2015, 430; 435.

¹¹ *Zwanziger*, en: *Däubler/Deinert/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 10ª ed., 2017, Art. 3 GG, marg. 24.

un contrato escrito. Pues la forma escrita no es ningún requisito de eficacia del contrato de trabajo. Además, el incumplimiento del párrafo 2 de la Ley de Prueba (NachweisG), según el cual el empresario tiene que documentar por escrito las condiciones contractuales esenciales como muy tarde el mes siguiente al comienzo de la relación laboral, no afecta a la eficacia del contrato de trabajo¹².

La circunstancia de que se trate de empleo ilegal de extranjeros, ordinariamente con trabajo negro, tampoco modifica esto. En virtud del párrafo 1, apartado 2, de la Ley para la lucha contra el trabajo negro (SchwarzArbG), presta trabajo negro quien realiza prestaciones de trabajo o de servicios, o permite que se realicen, e incumple en esa hipótesis, especialmente los deberes fiscales o, en su caso, de seguridad social. Según jurisprudencia constante, los contratos de trabajo no son nulos, a pesar de un acuerdo salarial en negro¹³.

La eficacia del contrato de trabajo la confirmó el párrafo 98a de la Ley de Residencia, promulgado en 2011 para la transposición de la Directiva de Sanciones 2009/52/CE¹⁴. Según el párrafo 98a, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Residencia, el empresario está obligado a pagar el salario acordado al extranjero, al que ha empleado con ánimo de lucro sin la autorización requerida. Frecuentemente, sin embargo, lo que se acordó es que los empleados ilegales puedan ser no documentados, o que el salario acordado con el empresario sea intolerablemente bajo. En estos casos, se interpone el párrafo 98a, apartado 2, de la Ley de Residencia, según el cual el salario usual se considera acordado, salvo que el empresario haya acordado de modo admisible con el extranjero un salario más bajo o más alto. Son inadmisibles los salarios por debajo del salario mínimo a que se refiere el párrafo 1 de la Ley del salario mínimo (MiLoG), o del salario convencional de aplicación extendida, al amparo del párrafo 5 de la Ley del convenio colectivo (TVG), sobre declaración de eficacia general, o, en su caso, al amparo de la Ley de desplazamiento del trabajador (AEntG), o del párrafo 3a de la Ley de cesión de trabajadores (AÜG). Además, son nulos los acuerdos salariales contrarios a las buenas costumbres, en virtud del párrafo 138 del Código Civil (BGB), porque ascienden a menos de dos tercios del salario usual¹⁵. Igualmente, son ineficaces los acuerdos salariales que sean más bajos que el salario de un trabajador ordinario comparable¹⁶. Para el incremento hasta el pago usual, puede

¹² *Preis*, en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18ª ed., 2018, § 2 NachweisG, marg. 1.

¹³ Tribunal Federal de Trabajo de 26.2.2003, 5 AZR 690/01, AP Nr. 24 zu § 134 BGB; Tribunal Federal de Trabajo de 17.3.2010, 5 AZR 301/09, AP Nr. 1 zu § 14 SGB IV.

¹⁴ Cfr. la motivación de la Ley en BR-Drs. 210/11, 75.

¹⁵ Tribunal Federal de Trabajo de 22.4.2009, 5 AZR 436/08, AP Nr. 64 zu § 138 BGB; al respecto, cfr. también la nota de conformidad de *Brecht-Heitzmann*, EzA zu § 138 BGB Nr. 5.

¹⁶ Cfr. *Zwanziger*, *Das liebe Geld: erlaubte und verbotene Differenzierung*, NZA-Beilage 2012, 108, 109; *Zwanziger*, en: *Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid, Arbeitsrecht – Handbuch*, 9ª ed., 2017, § 93, marg. 93.

acudirse, como regla general, a los correspondientes salarios convencionales, ayudándose también de los salarios promediados que se pagan en los sectores respectivos¹⁷.

Claramente problemático es el pago, sin embargo, cuando la prestación laboral no se realizó realmente. Según el parágrafo 615, inciso 1, del BGB, rige la regla de que, en los casos de demora en la aceptación por el empresario, el trabajador puede exigir el salario acordado por los servicios no prestados a consecuencia de la demora, sin que esté obligado a la prestación ulterior. Pero, según el parágrafo 297 del BGB, la prestación hay que realizarla si no ocurre la demora en la aceptación, cuando el deudor no está en condiciones de aceptar. Esto se da en caso de prohibición de empleo, de manera que no existe ningún derecho al salario por demora en la aceptación¹⁸.

También, el derecho al pago continuado del salario en caso de enfermedad, al amparo del parágrafo 3, apartado 1, inciso 1, de la Ley de pago continuado del salario (EFZG), sólo existe cuando el trabajador queda impedido de trabajar, como consecuencia de una enfermedad. En este supuesto, la incapacidad laboral por enfermedad debe ser por una causa no producida al trabajador por su prestación laboral¹⁹. No cabe basarse en ella, a consecuencia de la prohibición de trabajar²⁰.

Hay que valorar de forma distinta la situación respecto del derecho a vacaciones. El parágrafo 1 de la Ley federal de vacaciones (BUrIG) exige únicamente para el correspondiente derecho a vacaciones que exista una relación laboral²¹. En consecuencia, la prohibición de trabajar nada cambia en el derecho a vacaciones²² y, como resultado de ello, en el derecho a la retribución por vacaciones a que se refiere el parágrafo 11 de la Ley federal de vacaciones.

¹⁷ *Keßler*, en: Hofmann, *Ausländerrecht*, 2ª ed., 2016, § 98a AufenthG, marg. 10; *Wunderle*, en: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, 11ª ed., 2016, § 98a AufenthG, marg. 7.

¹⁸ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 94; *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 187.

¹⁹ Tribunal Federal de Trabajo de 26.6.1996, 5 AZR 872/94, AP Nr. 2 zu § 3 EntgeltFG; *Reinhard*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 3 EFZG, marg. 14.

²⁰ Cfr. *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 187.

²¹ *Gallner*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 1 BUrIG, marg. 14.

²² *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores),

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el punto clave es la existencia de una relación laboral²³; más bien, los empresarios deben observar todas las normas de prevención de riesgos laborales, también en caso de empleo de ilegales.

2. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el ámbito de la seguridad social, el párrafo 7, apartado 1, del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social (SGB IV) representa la norma básica para delimitar el círculo de personas con deberes de aseguramiento²⁴. Según él, es un empleo el trabajo no autónomo, especialmente en una relación laboral. En este caso, puntos indiciarios son una actividad sujeta a órdenes y la integración en la organización laboral de quien da las órdenes. La validez o, en su caso, eficacia de la situación contractual no es en este sentido necesaria²⁵. Complementariamente, se menciona también, sin embargo, el párrafo 7, apartado 4, del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social, introducido para la transposición de la Directiva de sanciones, que presume la existencia de una relación de empleo con deber de aseguramiento social a cambio de un salario, durante un período de tres meses, cuando el empresario emplea con ánimo de lucro a un extranjero sin la necesaria autorización del Derecho de extranjería. Se trata de una presunción rebatible²⁶, que debía conducir a una facilitación importante en caso de cálculo y reclamación posterior de cotizaciones de seguridad social, y para la simplificación del procedimiento administrativo²⁷.

Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 95; también, cfr. *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 187.

²³ Detalladamente, *Kohte*, en: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3ª ed., 2009, § 291, marg. 1 y ss.

²⁴ *Rolfs*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 7 SGB IV, marg. 4.

²⁵ *Berchtold*, Illegale Ausländerbeschäftigung nach der Neufassung von § 7 SGB IV, NZS 2012, 481, 482; *Zieglmeier*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 14 SGB IV, marg. 158, actualización 88ª, diciembre 2015.

²⁶ *Baier*, en: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 7 SGB IV, marg. 64, actualización 89ª, agosto 2015; *Marschner*, en: Kreikebohm, SGB IV, 2ª ed., 2014, § 7, marg. 27; *Seewald*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 7 SGB IV, marg. 219, actualización 73ª, abril 2012.

²⁷ BT-Drs. 17/6764, pág. 17; *Baier*, en: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 14 SGB IV, marg. 38, actualización 89ª, agosto 2015; *Zieglmeier*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 14 SGB IV, marg. 164 y ss., actualización 88ª, diciembre 2015.

Se complementa con la norma del párrafo 14, apartado 2, inciso 2, del Libro Cuarto del Código, según el cual se considera acordado un salario neto cuando no se han pagado, en caso de relación ilegal de empleo, los impuestos y cotizaciones a los seguros sociales y a la promoción del empleo²⁸. En este sentido, la jurisprudencia exige, sin embargo, que el incumplimiento objetivo de deberes laborales centrales deba ser reprochable al empresario, con el sentido de al menos una intención condicionada²⁹. Pero ésta se da ordinariamente en caso de empleo ilegal de extranjeros, desde el punto de vista del deber de comprobación a que se refiere el párrafo 4, apartado 3, inciso 4, de la Ley de Residencia.

Hay que tener en cuenta el principio de territorialidad, según el cual sólo pueden registrarse aquellos hechos que ocurran en el país³⁰. Según el párrafo 30, apartado 1, del Libro Primero del Código de Seguridad Social (SGB I), respecto de su ámbito de aplicación, se aplican las normas de seguridad social a todas las personas que tengan su domicilio o residencia habitual en Alemania. En relación con ello, una norma especial se encuentra en el párrafo 3 del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social³¹. Según el párrafo 3, número 1, del Libro Cuarto del Código, se aplican los preceptos sobre aseguramiento social y derecho al aseguramiento, supuesto que requieran de un empleo, especialmente a todas las personas que se encuentren empleadas dentro del ámbito de aplicación de este Código. El deber de aseguramiento y la adquisición de la prestación no dependen, en consecuencia, de la pertenencia al Estado³², y de ahí que se apliquen también en los casos de empleo de extranjeros ilegales en Alemania.

Según el párrafo 5, apartado 1, número 1, del Libro Quinto del Código de Seguridad Social (SGB V), existe deber de aseguramiento en el seguro legal de enfermedad, respecto de los obreros, empleados y ocupados para su formación profesional, que estén empleados a cambio de un salario. La norma comprende claramente todas las personas que se encuentren en una relación laboral de dependencia, en el sentido del párrafo 7 del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social³³. El deber de aseguramiento hay que valorarlo según el salario

²⁸ Sin embargo, esto sólo tiene eficacia jurídica en materia de seguridad social, y no conduce, desde el punto de vista jurídico laboral, a un derecho a ingresos más altos, cfr. Tribunal Federal de Trabajo de 17.3.2010, 5 AZR 301/09, AP Nr. 1 zu § 14 SGB IV.

²⁹ Tribunal Federal de Seguridad Social de 9.11.2011, B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539.

³⁰ *Zieglmeier*, en: *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, § 3 SGB IV, marg. 2, actualización 92ª, diciembre 2016.

³¹ *Marschner*, en: *Kreikebohm, SGB IV*, 2ª ed., 2014, § 3, marg. 2.

³² *Baier*, en: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, § 3 SGB IV, marg. 4, actualización 76ª, enero 2012; *Koch*, en: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 37.

³³ *Baier*, en: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, § 5 SGB V, marg. 7.

debido, y no según el salario realmente pagado³⁴. La constelación de casos reales no infrecuentes, en que el salario se oculta por su empresario a los empleados sin título de residencia, no modifica en nada el deber de aseguramiento. Tampoco es decisiva la falta de alta en la caja de enfermedad³⁵. De acuerdo con los requisitos del parágrafo 10 del Libro Quinto del Código, los familiares están igualmente asegurados (-familiares), cuando tienen su domicilio o residencia habitual en Alemania. Simultáneamente, existe un deber de aseguramiento automático en el seguro social de dependencia, dado que éste se aplica, según el parágrafo 20, apartado 1, inciso 1, del Libro Undécimo del Código de Seguridad Social (SGB XI), a los afiliados obligados a asegurarse en el seguro legal de enfermedad. Las prestaciones del seguro de enfermedad y del seguro de dependencia se suspenden, sin embargo, supuesto que los asegurados residan en el extranjero³⁶.

También en el seguro legal de pensiones, según el parágrafo 1, número 1, del Libro Sexto del Código de Seguridad Social (SGB VI), están obligadas a asegurarse las personas que están empleadas a cambio de un salario o para su formación profesional. Sin embargo, no les basta a los empleados sin título de residencia un empleo real. Más bien, a efectos de la adquisición de la prestación a que se refieren los parágrafos 50, 51 y 55 del Libro Sexto del Código, debe cumplirse el período de carencia de cinco años y deben haber sido pagadas realmente las cotizaciones —en su caso, también con posterioridad³⁷. Es posible, sin embargo, la adquisición de la prestación también desde el extranjero, pues el parágrafo 110, apartado 2, del Libro Sexto del Código se basa en el principio de que el titular del derecho con residencia habitual en el extranjero percibe las mismas prestaciones que los titulares del derecho con residencia habitual en el país³⁸.

En el seguro de desempleo, en virtud del parágrafo 24, apartado 2, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social (SGB III), la relación con deber de aseguramiento empieza el día de comienzo de la relación laboral. Los desempleados perciben el subsidio de desempleo sólo cuando están a disposición

³⁴ *Peters*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 5 SGB V, marg. 12, actualización 96ª, septiembre 2017.

³⁵ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 104.

³⁶ Sobre los detalles, cfr. parágrafo 16, apartado 1, pág. 1, núm. 1, del Libro Quinto del Código, y parágrafo 34, apartado 1, núm. 1, del Libro Undécimo del Código; además, véase *Koch*, en: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 38.

³⁷ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 107.

³⁸ *Gürtner*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 110 SGB VI, marg. 6, actualización 79ª, septiembre 2013.

del mercado de trabajo, según el párrafo 138, apartado 1, núm. 3, del Libro Tercero del Código. Al respecto, debe existir un permiso de trabajo, o al menos debe poder esperarse su concesión³⁹. En relación con este requisito, se malogra la adquisición de la prestación para la mayor parte de las personas sin título de residencia.

La amplia protección del Derecho de la Seguridad Social para los empleados sin título de residencia existe, finalmente, en el seguro legal de accidentes de trabajo. Según el párrafo 2, apartado 1, número 1, del Libro Séptimo del Código de Seguridad Social (SGB VII), están asegurados por imperio de la ley. El deber de aseguramiento empieza con la acepción real del empleo, sin que esté sujeto al pago consecuente de las cotizaciones⁴⁰. El pago de las prestaciones se rige por los párrafos 26 y ss. del Libro Séptimo del Código.

IV. OBSTÁCULOS EN LA REALIZACIÓN JURÍDICA

Las consideraciones anteriores han mostrado que la protección jurídica de los extranjeros con una relación laboral ilegal es muy amplia, como generalmente se espera de ello. No obstante, se ayuda menos a los afectados cuando les corresponden pretensiones jurídicas concretas, que estos no pueden realizar, sin embargo, en la práctica. Es grande en ellos la preocupación de que las autoridades de extranjería obtengan el conocimiento de su residencia en Alemania⁴¹, y les amenacen luego con la expulsión⁴². A pesar de todo, hay ejemplos en los que el salario de personas que estaban empleadas incumpliendo el párrafo 4, apartado 3, inciso 1, de la Ley de Residencia, pudo accionarse exitosamente⁴³. Pero en este caso, hay que vencer obstáculos importantes.

³⁹ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 108.

⁴⁰ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 106.

⁴¹ *Spieß*, Der Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit durch die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention – ein Überblick, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 120.

⁴² *Däubler*, en: Däubler/Deinert/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 10ª ed., 2017, § 134 BGB, marg. 13.

⁴³ *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 182.

Estos empiezan con la publicidad del lugar de residencia, pues según el parágrafo 253, apartado 2, número 1, de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO), en conexión con el parágrafo 46, apartado 2, inciso 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo (ArbGG), la demanda debe contener el nombre de las partes. Según jurisprudencia constante, también forman parte del ejercicio ordinario de la acción, por principio, los datos de la dirección del actor, a efectos de notificaciones; si se niegan estos por una mala razón o sin razón suficiente, entonces la acción es inadmisibles⁴⁴. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional, como consecuencia del derecho fundamental a la protección jurídica efectiva, ha elaborado excepciones convenientes, cuando el afectado no disponía de ningún domicilio fijo, o podían argüirse motivos dignos de protección para la ocultación de su domicilio⁴⁵.

En caso de representación por medio de un abogado residente en Alemania, la acción también puede ejercitarse desde el extranjero con mención de la dirección doméstica⁴⁶.

Puede darse un problema adicional cuando el tribunal de trabajo, al amparo del parágrafo 51, apartado 1, inciso 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo, ordena la comparecencia personal de una parte. Entre los motivos de exculpación reconocidos, se cuentan la residencia en el extranjero que sólo hubiera posibilitado el desarrollo de la vista con costes temporales o financieros inadecuados; éste puede ser frecuentemente el caso de partes que tengan su residencia en el extranjero⁴⁷.

Finalmente, hay que tener en cuenta los deberes de notificación de las autoridades y de los tribunales. Así, los servicios públicos a que se refiere el parágrafo 87, apartado 2, inciso 1, número 1, de la Ley de Residencia, tienen que informar inmediatamente a las autoridades competentes de extranjería cuando, en

⁴⁴ Tribunal Federal de Seguridad Social de 31.5.2017, B 5 R 29/16 BH; Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo de 14.2.2012, 9 B 79/11, 9 B 79/11, 9 PKH 7/11, 9 VR 1/12, 9 VR 1/12, 9 PKH 1/12, NJW 2012, 1527; Tribunal Federal Supremo de 9.12.1987, IVb ZR 4/87, AP Nr. 9 zu § 130 ZPO.

⁴⁵ Tribunal Federal Constitucional, 11.11.1999, 1 BvR 1203/99; llevada a la práctica en Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hessen 26.1.2015, 16 Sa 731/13.

⁴⁶ *Lewek*, *Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland*, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 190; *Spieß*, *Der Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit durch die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention – ein Überblick*, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 116.

⁴⁷ *Germelmann/Künzl*, en: *Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz*, 9ª ed., 2017, § 51, marg. 18.

conexión con el cumplimiento de sus funciones, obtienen el conocimiento de la residencia de un extranjero que no tiene el requerido título de residencia y cuya expulsión no está suspendida. El parágrafo 116, apartado 1, inciso 1, de la Ordenanza Fiscal (AO) obliga a los tribunales a comunicar a las autoridades financieras los hechos que hayan conocido con ocasión de sus servicios y que permitan concluir que existe una infracción fiscal. Según el parágrafo 13, apartado 2, de la Ley para la lucha contra el trabajo negro, los tribunales deben comunicar a los servicios competentes los datos conocidos que sean necesarios, en su opinión, para la persecución de las infracciones administrativas a que se refiere el parágrafo 8 de la Ley para la lucha contra el trabajo negro, supuesto que no sea reconocible para el tribunal que predominen intereses dignos de protección del afectado o de otros interesados en el procedimiento, para la exclusión de la comunicación. En este caso, hay que tener en cuenta cómo se aseguran los hechos a comunicar.

En los tres casos citados, sólo existe deber de comunicación cuando el tribunal de trabajo tiene conocimiento indubitado de una infracción. En el procedimiento laboral a resolverse por sentencia, sin embargo, rige el principio dispositivo. De ahí que sólo las partes deciden sobre qué hechos quieren presentar al tribunal, y el tribunal debe limitarse al examen de los medios de defensa y de ataque propuestos⁴⁸. En el caso usual, la cuestión del título de residencia no jugará ningún papel en una acción sobre pago del salario por un trabajo realmente prestado. Ninguna de ambas partes puede en estos casos tener interés en que esta cuestión se discuta, pues precisamente también la parte empresarial se arriesga a sanciones en forma de procedimientos penales o administrativos⁴⁹. La existencia de un acuerdo de salario neto tampoco fundamenta por sí misma la presunción de fraude fiscal⁵⁰.

⁴⁸ Tribunal Federal de Trabajo de 16.3.1972, 5 AZR 435/71, AP Nr. 1 zu § 542 ZPO; Koch, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 46 ArbGG, marg. 5.

⁴⁹ Detalladamente, Lewek, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, págs. 192 y s. y 195; por lo tanto, las sanciones pueden ser especialmente penales o administrativas, como el empleo de extranjeros sin título de residencia autorizante (parágrafo 404, apartado 2, núm. 3, del Libro Tercero del Código), el empleo de extranjeros sin permiso o sin título de residencia con condiciones de trabajo inadecuadas (parágrafo 10 de la Ley para la lucha contra el trabajo negro), actividad profesional de extranjeros sin permiso o sin título de residencia con un alcance más amplio o de extranjeros menores de edad (parágrafo 11 de la Ley para la lucha contra el trabajo negro), la no afiliación de un trabajador en el aseguramiento social (parágrafo 111, apartado 1, núm. 2, del Libro Cuarto del Código), la ocultación de cotizaciones de seguridad social (parágrafo 266a del Código Penal) o el fraude fiscal (parágrafo 370 de la Ordenanza Fiscal), así como la exclusión de subvenciones o de encargos públicos, de conformidad con los parágrafos 98b y 98c de la Ley de Residencia.

⁵⁰ Lewek, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 193.

Aparte ello, antes de la denuncia, los tribunales deben examinar si se entrometerían de manera fuertemente desproporcionada en los derechos fundamentales de los afectados. *Weichert/Stoppa* afirman en este contexto:

«Con el transfondo de un aviso conminatorio a las autoridades de extranjería, los afectados pueden verse en la situación de tener que renunciar al apoyo público, para no correr ningún peligro de ser expulsados con medidas del Derecho de extranjería. Si existe dicha incompatibilidad de objetivos, entonces la comunicación a que se refiere el párrafo 87 de la Ley de Residencia es inadmisibile»⁵¹.

V. CONCLUSIÓN

Como resumen, cabe sostener que se calcula que aproximadamente entre 200.000 y 500.000 personas pertenecientes a otros Estados viven en Alemania sin conocimiento de las autoridades y sin un título de residencia. En consecuencia, no tienen derecho a ejercer un trabajo. Si concluyen un contrato de trabajo, éste es eficaz; sin embargo, existe una prohibición de trabajar. Por el trabajo realmente prestado, corresponde a estas personas el derecho a retribución. Además de ello, los trabajadores tienen derecho a vacaciones y al pago de la retribución vacacional. Deben cumplirse las normas de prevención de riesgos laborales.

El Derecho de la Seguridad Social basa en el empleo real el deber de aseguramiento. Si ello es conocido con posterioridad por las gestoras de seguridad social, entonces hay que exigir con posterioridad las cotizaciones sociales. A efectos de simplificación, se establece la presunción rebatible de que ha existido empleo durante un período de tres meses. Llegado el caso, a las personas sin título de residencia también les pueden corresponder prestaciones de seguridad social, sobre la base del trabajo realmente realizado.

La realización de los derechos resulta muy difícil, sobre la base de la amenaza de expulsión. Al respecto, con la ayuda de un abogado, es posible la reclamación judicial exitosa del derecho al salario. Esto se aplica especialmente cuando puede afirmarse que la acción se ejercita desde el extranjero con mención de un domicilio doméstico. Pueden ser problemáticos los deberes de notificación del tribunal de trabajo. En este sentido, sin embargo, las partes del litigio tienen a mano no debatir en absoluto la cuestión del derecho de residencia. En relación con ello, también la parte empresarial podría tener interés en evitar un perjuicio propio.

⁵¹ *Weichert/Stoppa*, en: Huber, Aufenthaltsgesetz, 2ª ed., 2016, § 87, marg. 6.

No obstante, los deberes de comunicación podrían provocar una fuerte eficacia intimidatoria, y con ello, obstaculizar el objetivo de la Directiva de sanciones de evitar el beneficio del empresario con el empleo ilegal, y luchar en consecuencia contra la inmigración ilegal. De ahí que se exija a los tribunales de trabajo manejar restrictivamente la comunicación de hechos relevantes del Derecho de extranjería a otras autoridades.