

# AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO CON INFORME NEGATIVO DE LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO

(Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-  
Administrativo n.º 8 de Valencia, de 7 de mayo de 2008, núm. 283/2008) \*

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**  
*Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca*

## **Extracto:**

**T**RABAJO de extranjeros. Solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo para la prestación de servicios como doncella en régimen interno. Oferta presentada por el SERVEF que resulta fallida al no interesar a ninguno de los demandantes de empleo. Desestimación por la Administración al considerar que la oferta no se correspondía con las tareas a realizar, entendiendo que las características del puesto obedecían a la relación de carácter especial del servicio de hogar familiar. Improcedencia. Si el Servicio de Empleo entendió que el puesto ofertado no era de doncella sino de empleada de hogar, debió emitir una oferta de tal naturaleza.

**Palabras clave:** extranjeros, autorización de residencia y trabajo, servicio de hogar familiar, doncella, situación nacional de empleo y catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núms. 305-306, agosto-septiembre 2008 o en *Normacef Social*.

# Sumario

- I. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
  1. Definición.
  2. Requisitos.
  3. Especial referencia al requisito de la situación nacional de empleo.
  
- II. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Valencia de 7 de mayo de 2008.
  1. Cuestión debatida.
  2. Hechos relevantes.
  3. Examen a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Valencia de 7 de mayo de 2008.

## I. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA

### 1. Definición.

El Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Reglamento de Extranjería) <sup>1</sup>, señala que se encuentra en situación de residencia temporal, con autorización para trabajar, el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a 5 años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena. Esta última habilitará a los extranjeros que residen fuera del territorio español y que hayan obtenido el correspondiente visado, en su país de residencia, a iniciar una relación laboral por cuenta ajena. La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena tendrá una duración de un año y podrá limitarse a un ámbito geográfico y sector de actividad determinado conforme a las instrucciones o directrices determinadas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración <sup>2</sup>.

### 2. Requisitos.

Serán requisitos para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena <sup>3</sup>:

- a) Que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero.
- b) Que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar.
- c) Que las empresas solicitantes hayan formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.
- d) Que las condiciones fijadas en la oferta de empleo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

<sup>1</sup> BOE de 7 de enero de 2005 y corrección de errores de 1 de junio.

<sup>2</sup> Vid. <http://extranjeros.mtas.es>

<sup>3</sup> Artículo 50 del Reglamento de Extranjería.

- e) Que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.
- f) Que los trabajadores extranjeros que se pretenda contratar carezcan de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.
- g) Que los trabajadores extranjeros no se encuentren irregularmente en territorio español.

### 3. Especial referencia al requisito de la situación nacional de empleo.

La situación nacional de empleo es el resultado de la búsqueda de los demandantes españoles, extranjeros comunitarios y extracomunitarios de una ocupación concreta. Dicho en otras palabras, son aquellas personas que se encuentran inscritas en el servicio público de empleo para la búsqueda de un trabajo en una ocupación específica.

El Reglamento de Extranjería ha reformulado la determinación de la situación nacional de empleo para convertirlo en un diagnóstico del mercado laboral más riguroso y más efectivo. En este sentido, el hecho de que tanto las comunidades autónomas como los agentes sociales informen directa y previamente a las decisiones sobre los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura, contribuye a que se ofrezca una perspectiva más cercana a la realidad del mercado de trabajo <sup>4</sup>.

La forma de determinar la situación nacional de empleo se materializará cuando el servicio público de empleo estatal elabore, con periodicidad trimestral y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración <sup>5</sup>, un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Dicho catálogo estará basado en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los servicios públicos de empleo, y se considerarán como ocupaciones las consignadas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones en vigor <sup>6</sup>.

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero. Asimismo, se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el servicio público de empleo concluida con resultado negativo. A este efecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá,

<sup>4</sup> Exposición de Motivos.

<sup>5</sup> La Comisión Laboral Tripartita se constituye como un órgano de interlocución permanente, entre la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal, en materia de gestión de flujos migratorios. Tiene como finalidad principal asesorar a los órganos superiores y directivos del Departamento en las actuaciones específicamente relacionadas con la gestión de flujos migratorios, en materia laboral, posibilitando la participación de los agentes sociales en este ámbito. Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

<sup>6</sup> *Vid.* Resolución de 31 de marzo de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, para el segundo trimestre de 2008 (BOE de 21 de abril de 2008).

en el plazo máximo de 15 días, una certificación en la que se exprese que de la gestión de la oferta se concluye la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta. El supuesto que nos interesa para el comentario de esta sentencia es este último, es decir, en caso de insuficiencia de demandante de empleo adecuados y disponibles ante una oferta de trabajo.

No obstante, cabe destacar que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a <sup>7</sup>:

- a) La cobertura de puestos de confianza.
- b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que estos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.
- c) Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- d) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- e) Los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 <sup>8</sup>, sobre el Estatuto de refugiados por los motivos recogidos en su artículo I.C.5.
- f) Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.
- g) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- h) Los extranjeros nacidos y residentes en España.
- i) Los hijos o nietos de español de origen.
- j) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.
- k) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente <sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Artículo 40 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 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 de 23 de diciembre de 2000 y corrección de errores de 23 de febrero).

<sup>8</sup> Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N.º 2.545, Vol. 189, pág. 137.

<sup>9</sup> Artículo 31.4 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 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.

- l) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país.

De igual manera, se autorizará a trabajar sin atender a la situación nacional de empleo a los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto, así como a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles en virtud de acuerdos internacionales de pesca marítima. En este supuesto, se concederá validez de autorización para trabajar al duplicado de la notificación de embarque o renovación del contrato de tripulantes extranjeros en buques españoles.

## II. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 8 DE VALENCIA DE 7 DE MAYO DE 2008

### 1. Cuestión debatida.

El empleador mantiene que la resolución que se impugna deniega la autorización de residencia y trabajo solicitado en base a la consideración de la situación nacional de empleo, cuando al solicitar la autorización se aportó la gestión de la oferta de empleo como doncella arrojando como resultado, la base de datos del servicio público de empleo, la inexistencia de trabajadores. La Administración desestimó su solicitud por considerar que la oferta no se correspondía con las tareas reales a realizar, al no existir otros empleados en el hogar familiar, sin que ello responda al concepto de doncella que ofrece el diccionario y sin que se haya exigido, al formular la oferta, un perfil concreto del puesto de trabajo que se pretendía cubrir con aquella.

Por otra parte, el Abogado del Estado sostiene que es determinante, a fin de poder obtener dicha autorización, la situación nacional de empleo, y ello por cuanto no existe dificultad para concederla cuando se trata de puestos de difícil cobertura. Lo que el solicitante debe acreditar para la contratación, es que la oferta de trabajo que se presentó al servicio público de empleo (SERVEF)<sup>10</sup> lo era como doncella. Pero en la base de datos de aquel organismo existen pocas solicitantes de empleo como doncella, mas sí hay un sinnúmero como empleadas de hogar, por lo que la oferta que se efectuaba necesariamente comportaba la inscripción en el régimen especial de empleado de hogar y no en régimen general.

### 2. Hechos relevantes.

Para un mejor entendimiento de la sentencia conviene señalar los hechos más relevantes:

- a) Empleador que presenta ante la Delegación de Gobierno de la Comunidad Valenciana solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo a favor de una extranjera, en el que la actividad de la empresa es el hogar y el puesto de trabajo ofertado el de doncella.

<sup>10</sup> [www.gva.es/servef](http://www.gva.es/servef)

- b) La oferta de trabajo ofrece una incorporación inmediata en jornada completa. En el que la selección se efectuará en el domicilio del empleador que es el mismo para realizar el trabajo. La formalización del contrato será de trabajo e indefinido, en turnos de mañanas y tardes, nocturnos y fin de semana. Como requisito general se exige el de la disponibilidad para viajar y con una edad mínima comprendida entre 20 a 50 años.
- c) El resultado de la oferta hecha por el SERVEF certifica que «consultada la base de datos del servicio público de empleo existen siete trabajadores inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Valencia para cubrir el puesto de trabajo».
- d) Constatación en el resultado del proceso de selección en el que cinco trabajadoras manifestaron su interés en la oferta. Sin embargo, en el resultado del proceso consta que cuatro de ellas no han comparecido a la selección y la quinta persona no aceptó las condiciones económicas laborales.
- e) La Administración deniega la solicitud formulada por entender que el puesto real a ofertar era el de empleado de hogar y no el de doncella, ya que por las características del puesto responde a una relación de carácter especial del servicio de hogar familiar y por tanto debió producirse la oferta al SERVEF en este sentido, denegándolo al haberse producido bajo una oferta que no respondía a la realidad del trabajo ofertado.

### 3. Examen a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Valencia de 7 de mayo de 2008.

Uno de los requisitos para la concesión de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, como ya se ha apuntado, es la situación nacional del empleo, es decir, que aquella permita la contratación del trabajador extranjero, por lo que el servicio público de empleo estatal elaborará con periodicidad trimestral un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. No obstante, el artículo 53.1 g) del Reglamento de Extranjería señala que se podrá denegar dicha autorización cuando para fundamentar su petición se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, y medie mala fe.

Bajo esta premisa la Administración deniega la solicitud por cuanto entiende que la oferta de doncella no coincide con el perfil del puesto de trabajo real, ya que lo que se pretende es que una empleada preste sus servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar. A criterio del juzgador es probable que el empleador al realizar la solicitud ante el SERVEF bajo la modalidad de doncella pudiese presumir que esta iba a resultar inferior a la de empleada de hogar, pero lo cierto es que de las cinco personas demandantes facilitadas por el servicio público de empleo, cuatro posibles candidatas no concurrieron a la entrevista y la única trabajadora que asistió no llegó a aceptar el puesto de trabajo.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española* «doncella» es la «criada que sirve cerca de la señora, o que se ocupa en los menesteres domésticos ajenos a la cocina»<sup>11</sup>. Mientras que los trabajadores comprendidos dentro del campo de aplicación del régimen especial de empleados de hogar son los que se dedican a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, siempre que estos servicios sean prestados en la casa que habite el cabeza de familia y que perciban

<sup>11</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)

un sueldo o remuneración de cualquier clase. Están incluidos los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas. El artículo 1.4 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral del Servicio del Hogar <sup>12</sup>, señala que el objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas. Como puede observarse al contrastar estas definiciones se deduce que el término de «doncella» tiene bastante relación con este tipo de relación laboral. La diferencia estriba en que el término «doncella» va dirigido al colectivo femenino, y, por ende, los hombres no pueden ocupar dicho puesto, mas sí pueden trabajar en parecidas condiciones en la categoría de empleados de hogar.

Del contenido de la oferta que se remitió al SERVEF se induce que el régimen ofertado era de interna, ya que consta que la entrevista se hará en el lugar de trabajo, que era el domicilio de la propia empresa y domicilio del empleador, en el que el horario era de mañanas, tardes, noches y fines de semanas, con un contrato de trabajo indefinido y se requería la disponibilidad para viajar. Independientemente de lo anterior, según el juzgador, si la oferta hubiese sido ofertada como empleada de hogar en régimen de interna, con las anteriores características, el resultado hubiera sido escasamente diferente del conseguido con la oferta de doncella, puesto que es público y notorio el escaso interés de los demandantes de empleo nacionales para dichos puestos de trabajo en régimen de interna. Probablemente las circunstancias hubiesen cambiado si fuese en régimen externo, ya que al estar sujeto la interna a un pacto de presencia permanente, con obligación de cumplir los tiempos de presencia a disposición del empleador, comportan la exigencia de la realización de actos que si bien no precisan de esfuerzo o son de realización inmediata, sí le obligan a pernoctar en el domicilio del empleador. Siendo la prestación laboral interna más intensa que la externa, de ahí que no puedan equipararse los demandantes de empleo de hogar externo con los internos, lo que hace notorio que el trabajo de empleada de hogar en régimen de interna no goza de preferencia entre los trabajadores nacionales y ha venido a ser cubierto por trabajadores extranjeros.

Finalmente, la oferta emitida por el SERVEF bajo el puesto de doncella resultó fallida, ya que aun existiendo demandantes de empleo a ninguno de ellos interesó la cobertura del puesto por las razones antes expuestas, y si la Administración entendió que el puesto ofertado no era de doncella sino de empleada de hogar con las características que recogía la oferta de trabajo, debió emitir una oferta de tal naturaleza, cuyo resultado no habría sido muy diferente del anterior por las razones ya mencionadas.

Como puede observarse el juzgador constató todos los requisitos exigidos para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo, señaladas en el artículo 50 del Reglamento de Extranjería, como es, entre otros, que se garantice a la trabajadora una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar, y que la situación nacional de empleo permita la contratación de la trabajadora extranjera. Esta última se cumple perfectamente, independientemente de que la oferta hubiese sido de doncella o empleada de hogar, ya que el resultado no habría sido muy distinto por no existir demandantes de empleo con disposición de querer trabajar como interna, que, probablemente, en el caso contrario sí hubiese demandantes de hogar externo.

<sup>12</sup> BOE de 13 de agosto de 1985.