

EJERCICIOS DE PROFESIONES QUE EXIGEN TITULACIÓN ESPECIAL AL EXTRANJERO

(Comentario de la Sentencia del Juzgado
de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba,
de 15 de enero de 2007, núm. 28/2007) *

DJAMIL TONY KHALE CARRILLO

Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca

Extracto:

TRABAJO de extranjeros. Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Ejercicio de profesión que exige titulación especial al extranjero. Interpretación. Empresario que solicita una autorización de residencia y trabajo a un extranjero que cumple con los requisitos exigidos en la oferta de trabajo y acredita la experiencia. La expresión de posesión de titulación específica no debe entenderse en el sentido de titulación académica, administrativa o de otra índole determinada, sino como posesión de los conocimientos y/o de la experiencia necesaria para el desempeño del puesto de trabajo en cuestión. Es prueba suficiente de su capacitación la certificación de la empresa contratante, cuando se trata, como en el presente caso, de profesiones con un marcado carácter práctico (especialidad de mosaquista), lo que convierte la prueba de la titulación en un requisito de difícil o imposible acreditación incluso para los trabajadores españoles.

Palabras clave: extranjeros, autorización de residencia y trabajo, y titulación.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 289, abril 2007 y en *Normacef Social*.

Sumario

1. Planteamiento.
2. Supuesto de hecho y cuestión debatida.
3. Examen a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba de 15 de enero de 2007.

1. PLANTEAMIENTO

Dificultad de un empresario para encontrar un trabajador inscrito en el Instituto de Empleo (Servicio Público de Empleo), que cumpla con las características del puesto de trabajo ofertado. En su búsqueda consigue a un extranjero que cumple con los requisitos exigidos y acredita la experiencia para el puesto de trabajo. No obstante, al solicitar la autorización para trabajar ante la Administración Pública, le es denegada la autorización de residencia y trabajo por carecer de la titulación especial exigida para el ejercicio de tal actividad.

2. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIÓN DEBATIDA

Las autorizaciones administrativas para trabajar se configuran en el ordenamiento jurídico español como una autorización en base a la cual se levanta la prohibición relativa de trabajar en territorio nacional ¹. Situación que constituye un sistema de control del mercado de trabajo, que se fundamenta en el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LDE) ², en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre ³, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre ⁴ y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre ⁵, titulado como «Autorización para la realización de actividades lucrativas».

¹ STS de 21 de diciembre de 1994.

² BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

³ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

⁴ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

⁵ BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

Tales autorizaciones se encuentran aparejadas a la situación de residencia temporal, mismas que son desarrolladas por 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 (RLDE), en el Capítulo II titulado «Residencia temporal y trabajo», del Título IV rubricado «Residencia temporal», en los artículos 48 al 70. Autorizaciones configuradas de forma independiente a los mecanismos de acceso al mercado nacional de trabajo, y pueden ser de diversos tipos dependiendo de si las mismas corresponden para trabajar por cuenta propia o por cuenta ajena, que podrán ser de duración determinada.

La autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena va dirigida a los sujetos extranjeros que deseen desarrollar en territorio nacional una actividad laboral por cuenta ajena, teniendo una duración de un año y limitándose a un ámbito geográfico y a un sector de actividad determinados, de conformidad con el artículo 49 del RLDE, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) «Que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero. A los efectos de determinar dicha situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará, con periodicidad trimestral y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada provincia así como para Ceuta y Melilla, excepto en las provincias insulares, donde el catálogo podrá establecerse para cada isla o agrupación de ellas, de acuerdo con la información suministrada por Servicios Públicos de Empleo autonómicos. Este 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.

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, 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.

- 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 en el cumplimiento

to de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. En los términos establecidos en el artículo siguiente, se podrá requerir, además, al empresario que acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial.

- 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.
- 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».

El requisito que más nos interesa para el estudio de la sentencia que se comenta es el ordinal e), que se fundamenta en el artículo 36.2 de la LDE al establecer que, «cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen».

De su simple lectura se extrae que la titulación prevista en tal precepto constituye un requisito *sine qua non* para desarrollar una determinada actividad, exigencia que también reza en los artículos 11 y 39 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET). El primer precepto señala que los contratos de trabajo en prácticas «podrán concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional»⁶; y el segundo, establece que, «la movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional»⁷.

⁶ Contrato en prácticas en fraude de ley. Licenciada en empresariales contratada para realizar prácticas como administrativo en una entidad bancaria. Debe estimarse el fraude de ley en la contratación en prácticas cuando estas no son proporcionadas a la titulación poseída por el trabajador y, en especial, cuando la empresa incumple el plan de formación-gestión en varios ámbitos, reduciéndose el trabajo a la simple atención al público en su mayor parte del tiempo. STSJ de la Región de Murcia de 10 de abril de 2000. Constituye despido improcedente la extinción de la relación laboral de quien es contratado en prácticas cuando no existe relación alguna entre los estudios cursados por el trabajador y el puesto en el que ha sido contratado, o cuando esa relación es tan mínima e insignificante que el ejercicio profesional no es adecuado para la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos. STSJ de Castilla y León de 9 de mayo de 2000.

⁷ Carecer de la titulación requerida por convenio colectivo para ejercer una determinada actividad laboral no constituye un impedimento para adscribirse a esa categoría y percibir las retribuciones que a la misma le correspondan cuando su imposición tiene como única finalidad mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado. STSJ de

En el terreno del trabajo de los extranjeros, quien pretenda establecerse y trabajar en territorio nacional, bien por cuenta propia o ajena, y se le requiera una determinada titulación para ejercer una actividad lucrativa laboral o profesional, deberá estar en posesión del pertinente título, que podrá ser contrastado por la autoridad correspondiente ⁸, aunado a la colegiación en el supuesto de ser exigido por las leyes.

No obstante, el artículo 53.1 del RLDE establece las causas por las que se denegarán las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena:

- «a) Cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.
- b) Cuando lo exija la situación nacional de empleo, sin perjuicio de los supuestos específicos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.
- c) Cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo u oferta de empleo fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad. También se denegará en el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, cuando, por la duración de la prestación de servicios, la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, salvo que se tratase del cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal, o de hijo en edad laboral y menor de 18 años, previamente reagrupados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41.6.
- d) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido improcedente o nulo, declarado por sentencia o reconocido como tal en acto de conciliación, o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52 c) del ET, excepto en los supuestos de fuerza mayor.
- e) Cuando el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos 12 meses por infracciones calificadas como muy graves en la Ley Orgá-

Andalucía de 4 de noviembre de 2004. La exigencia de título en convenio colectivo y no en norma legal no constituye elemento necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada. Esta circunstancia hace que sea procedente el abandono de las diferencias entre la categoría laboral ostentada y la realmente desempeñada, aunque el actor carezca del título requerido por convenio colectivo para esta última. STSJ de las Islas Baleares de 6 de mayo de 2004. La movilidad funcional no tiene más límites que los exigidos por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional, no considerando que exista un cambio sustancial en el hecho de venir realizando unas funciones de contable y pasar a tareas más administrativas puesto que se mantiene la misma retribución y ambas tareas están dentro del mismo grupo. STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 2003.

⁸ STS de 19 de noviembre de 1994. STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 1992.

nica 4/2000, de 11 de enero, o por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

- f) Cuando el empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el artículo 51, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.
- g) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, y medie mala fe.
- h) Cuando se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera.
- i) Cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable.
- j) Cuando concorra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.
- k) Cuando el empresario solicitante haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.»

La causa que más nos interesa a objeto del comentario de la sentencia es la de la letra h), al señalar como causa de no concesión de la autorización administrativa la falta de la titulación especial requerida para el ejercicio de la específica profesión o de la homologación o de la colegiación en su caso. De la simple lectura se aprecia que la causa es muy clara para no conceder dicha autorización al no cumplir con las exigencias. Sin embargo, la jurisprudencia menor ha señalado que tal precepto no debe interpretarse literalmente, ya que existen supuestos en que «al trabajador interesado no se le puede exigir una titulación que en muchos casos no tienen ni los trabajadores españoles, habida cuenta del marcado carácter práctico de la especialidad de mosaquista, sin titulación específica como en tantas profesiones y especialidades, lo que convierte la prueba de la titulación en un requisito difícil, por no decir imposible, acreditación en muchas ocasiones, debiendo quedar dicha exigencia para aquellos trabajos que conlleven una capacitación demostrable por título, siendo prueba suficiente de su capacitación la certificación de la empresa contratante»⁹.

Interpretación que a mi juicio es la correcta, ya que existe un sinfín de actividades laborales que no es necesaria una cualificación especial como la actividad que se corresponde en la sentencia

⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 2005.

que se comenta. El Alto Tribunal, sin embargo, ha manifestado que «no es motivación suficiente para denegar un permiso de trabajo que existan españoles en paro en el sector, sino que ha de demostrarse que estos españoles pueden ocupar o desempeñar el puesto de trabajo, bien por estar cualificados para ellos, bien por no ser necesaria una cualificación especial»¹⁰.

3. EXAMEN A LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 4 DE CÓRDOBA DE 15 DE ENERO DE 2007

La sentencia objeto de estudio plantea la dificultad de un empresario en poder contratar a un extranjero por carecer de la respectiva autorización de trabajo, aunado al hecho de no existir ningún trabajador demandante de empleo ante el Instituto Nacional de Empleo (INEM) que cumpla con el perfil requerido. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 50 a) del RLDE establece que la situación nacional de empleo permite la contratación del trabajador extranjero en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura «cuando el empleador acredite la dificultad de la 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, 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».

Como se evidencia en los fundamentos de derecho de la sentencia el empleador acreditó dicha certificación, que es conocida en la práctica como certificado negativo del INEM, de no existir ningún trabajador demandante de empleo que cumpla con las características exigidas en la oferta de trabajo. En su búsqueda consigue a un extranjero que cumple con los requisitos exigidos y puede acreditar la experiencia para el puesto de trabajo. Al solicitar la autorización para trabajar ante la Administración Pública, la misma es denegada por carecer de la titulación especial exigida para el ejercicio de tal actividad, ya que de conformidad con el artículo 53.1 h) del RLDE establece que la Administración competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de su colegiación cuando sea el caso.

El Ente administrativo alega que la acreditación aportada en autos no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 323 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al igual que dicho documento se refiere a la solicitud de inscripción de un registro que no demuestra la titulación exigida al puesto de trabajo ofertado. El mencionado precepto, titulado «Documentos públicos extranjeros», establece que:

¹⁰ SSTs de 7 de diciembre de 1970, 30 de octubre de 2002, 4 de diciembre de 2002, 27 de enero de 2003 y 13 de febrero de 2003.

- «1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuirseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta ley.
2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:
 1. Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.
 2. Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.
 3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de estas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos».

El Magistrado al respecto señala en relación a la acreditación exigida, que la expresión de posesión de titulación específica no debe entenderse «en el sentido de titulación académica, administrativa o de otra índole determinada, sino como posesión de los conocimientos y/o de la experiencia necesarios para el desempeño del puesto de trabajo en cuestión». Asertivamente el Juez coincide con la interpretación que le ha dado el TS en las Sentencias de 7 de diciembre de 1970, 30 de octubre de 2002, 4 de diciembre de 2002, 27 de enero de 2003 y 13 de febrero de 2003. Al igual que la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 2005, estudiadas anteriormente.

A criterio del Juzgador el empleador ha señalado diversos documentos para acreditar la capacidad del extranjero para el puesto de trabajo ofertado. No obstante, el Ente administrativo no hizo uso del derecho a tachar la autenticidad de dichos documentos, ya que solo se limitó a negarles eficacia de conformidad con el artículo 323.2.2 de la LEC. El hecho de que aquellos no posean la Apostilla de La Haya o no se encuentren legalizados para que sean considerados como documento público, no exime que no puedan dársele pleno valor como documento privado. «Y en este sentido los documentos aportados, debidamente traducidos, junto con las manifestaciones del demandante incorporadas al expediente administrativo acreditan los extremos en aquellos contenidos, considerándose tales documentos, junto con el certificado de la Oficina de Empleo, relativo a la inexistencia de demandantes de empleo que reúnan las condiciones exigidas, como suficientes a los efectos de acreditar los requisitos exigidos para la autorización de residencia y trabajo solicitados, motivo por el que procede la estimación del recurso interpuesto»¹¹.

¹¹ Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba de 15 de enero de 2007.

Como puede observarse el juzgador aplicó correctamente la jurisprudencia del TS, en relación al significado que debe dársele a la «posesión de titulación específica», que no es más que la posesión de la experiencia y conocimientos indispensables para el desempeño del puesto de trabajo ofertado, siempre y cuando no se exija una titulación específica en actividades académicas, administrativas o de otra índole determinada.