

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2
DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN**
TERESA DE CALCUTA 1 3º PLANTA- C.P. 20012
TELÉFONO: 943-000778

N.I.G.: 20.05.3-05/000343

Procedimiento: **Proced.abreviado 137/05**

Demandante: AGUSTIN GALABIDE
PELLEJERO
Representante: LETRADO SR.
ALMANDOZ

Administración demandada: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO
EN GIPUZKOA-EXTRANJEROS
Representante: LETRADO DEL ESTADO

Otros demandados:
Representante:

ACTUACIÓN RECURRIDA:

RESOLUCION DICTADA CON FECHA 15 DE FEBRERO DE 2005 POR
LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA POR LA QUE SE
INADMITE A TRAMITE LA SOLICITUD DE AUTORIZACION INICIAL DE
RESIDENCIA Y TRABAJO POR CUENTA AJENA AL TRABAJADOR
EXTRANJERO D. JUAN ASDRUBAL TISALEMA PERALTA.

S E N T E N C I A Nº 259/2005

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN , a diecinueve de
Septiembre de dos mil cinco.

La Sra. Doña. MARIA ARANZAZU AGUINAGA MENDIZABAL ,
MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo
número 2 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN ha pronunciado la
siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo
registrado con el número 137/05 y seguido por el
procedimiento ABREVIADO , en el que se impugna: la resolución
más arriba indicada .

Son partes en el procedimiento : DEMANDANTE : AGUSTIN GALABIDE PELLEJERO, asistido del letrado Sr. IGNACIO ALMANDOZ RIOS , DEMANDADA : SUBDELEGACION DE GOBIERNO DE GUIPUZCOA - EXTRANJEROS , asistida del LETRADO DEL ESTADO.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante demanda interpuesta en fecha 6 de abril de 2005, ante el Juzgado Decano de esta ciudad, se puso en conocimiento de este Juzgado los hechos por los que se siguieron las presentes actuaciones y previos los trámites legales, se dictó propuesta de providencia, señalándose vista para la celebración del juicio correspondiente, citándose a las partes para el día 14 de septiembre de 2005, llegado el cual, se celebró el acto del juicio con las asistencias, forma y resultado expresado en el acta levantada por la Sra. Secretaria Judicial, que obra en los presentes autos.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, cuyo contenido fue ratificado en el acto de juicio, se interesó de este Juzgado el dictado de una Sentencia por la que, estimando el recurso, se declare :

1.- La nulidad de pleno Derecho de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa de fecha 15 de Febrero de 2005, de inadmisión a trámite de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por D. Agustin Galabide Pellejero a favor de Juan Asdrubal Tisalema Peralta.

2.- El reconocimiento del Derecho a que la referida solicitud sea tramitada y resuelta por el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre desarrollada por la Orden del Ministerio de la Presidencia 140/05 de 2 de Febrero.

3.- La condena a la Administración del Estado a que disponga lo necesario para proceder a la incoación , instrucción y resolución de la solicitud formulada a favor de Juan Asdrubal Tisalema Peralta.

TERCERO.- En la contestación, el representante de la Administración demandada, en base a las alegaciones y fundamentación jurídica obrante en el acta del juicio, interesó de este Juzgado, el dictado de una Sentencia desestimatoria por ser conforme a Derecho la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipuzcoa el día 15 de Febrero de 2005.

CUARTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la

resolución de 15 de Febrero de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Guipzcoa por la que se declara la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajador por cuenta ajena al trabajador extranjero D. Juan Asdrubal Tisalema Peralta, constituyendo el suplico de la demanda el que por este órgano jurisdiccional dicte sentencia por la que declare :

1.- La nulidad de pleno Derecho de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa de fecha 15 de Febrero de 2005, de inadmisión a trámite de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por D. Agustin Galabide Pellejero a favor de Juan Asdrubal Tisalema Peralta.

2.- El reconocimiento del Derecho a que la referida solicitud sea tramitada y resuelta por el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre desarrollada por la Orden del Ministerio de la Presidencia 140/05 de 2 de Febrero.

3.- La condena a la Administración del Estado a que disponga lo necesario para proceder a la incoación, instrucción y resolución de la solicitud formulada a favor de Juan Asdrubal Tisalema Peralta.

SEGUNDO.- Los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda se contraen a los siguientes extremos:

Que con fecha 7 de Febrero de 2005 se abrió el proceso de normalización o de regularización de ciudadanos extranjeros al amparo de lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre, el demandante compareció ante la oficina abierta al efecto en esta provincia por la Administración General del Estado, concretamente en el Instituto Social de la Marina.

Se aportaba a favor del ciudadano ecuatoriano Sr. Asdrubal Tisalema solicitud de autorización de residencia y trabajo, acompañándose el resto de la documentación exigida (contrato de trabajo, certificado de antecedentes penales, pasaporte). En ese momento no se hallaba empadronado y aportó justificación de su presencia en España desde Noviembre de 2001 cuando llegó y se instaló en la localidad guipuzcoana de Ormaiztegui (acta notarial).

La Administración resolvió inadmitiendo a trámite dicha solicitud, basándose en que se trataba de una solicitud carente de fundamento, si bien la parte entiende referido a que faltaba de presentar el certificado del empadronamiento del interesado.

El Sr. Tisalema para acreditar su presencia continuada y de forma ininterrumpida en España aportó el billete avión acreditativo de su llegada a Madrid- Barajas el día 16 de Octubre de 2001, justificantes de diversas transferencias bancarias y de un ingreso en la Clinica Quirón de esta ciudad, seis testigos, entre ellos el demandante y el

Alcalde de la localidad donde reside.

TERCERO.- La parte actora alega como motivos impugnatorios :

1.- Nulidad de la resolución impugnada por vulnerar garantías fundamentales del procedimiento administrativo (art. 149.1.18º en relación con los arts. 24,9.3 y 106.1 de la Constitución) recogidos en la Ley 30/1992 (art. 89.1) y en la propia L.O. 4/2000 art. 20 pfº2º .

La resolución declarando la inadmisión a trámite basa su fundamento en los apartados 1,2, 3 , 6 y 8 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Organica 4/2000 de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social y en el apartado 2 del art. 7 de la Orden del Ministerio de Presidencia , Orden PRE 140/2005 de 2 de Febrero de 2005 de desarrollo de la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004 .

La L.O. 14/2003 de 20 de Noviembre por la que se reforma la L.O.4/2000 de 11 de Enero sobre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social establecía en su Disposición Adicional Tercera el mandato al Gobierno para que adapte a sus previsiones el Reglamento de Ejecución de la Ley Organica 4/2000 de 11 de Enero.

Una vez publicado el Real Decreto 2393/2004 al que se le añaden nuevos instrumentos para perseguir más eficazmente la inmigración irregular y con el fin de adaptar su contenido a lo dispuesto por la Directiva 2003/9 CE del Consejo de 27 de Enero de 2003 , desde un punto de vista material el Reglamento incorpora importantes novedades en cuanto a los requisitos y las circunstancias que puedan dar lugar a la autorización de un extranjero para residir y trabajar en España , con la doble finalidad de agilizar las autorizaciones basadas en vacantes para las que los empresarios no encuentran trabajadores residentes y por otro lado aumentar el control en la concesión de dichas autorizaciones.

Así el mencionado Real Decreto en su Disposición Transitoria Tercera introducía el trámite del proceso de normalización donde se hacían constar una serie de requisitos para que los empresarios o empleadores pudieran contratar a un extranjero :

a) El trabajador figurase empadronado en un municipio español , al menos, con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Organica 4/2000 de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social y se encontrara en España al momento de realizar la solicitud.

b) Que el empresario o empleador hubiera firmado con el trabajador un contrato de trabajo .

c) Que se cumplieran los requisitos previstos en el art. 50 del Reglamento de la L.O. 4/2000 de 11 de Enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social para el otorgamiento de una autorización para trabajar , con excepción de lo dispuesto en párrafos a), b) y g).

La Ley Organica mencionada , L.O. 14/2003 de 20 de Noviembre con la finalidad de introducir instrumentos para mejorar la gestión de los procedimientos de extranjería introduce en la L.O. 4/2000 de 11 de Enero en su Disposición Adicional Cuarta especialidades respecto del procedimiento administrativo común en el sentido de otorgar potestad a la Administración del Estado para INADMISION A TRAMITE DE SOLICITUDES y enumera las mismas de forma taxada, de forma que en su pfº6º preve la inadmisión a trámite de solicitudes cuando " **SE TRATE DE SOLICITUDES MANIFIESTAMENTE CARENTES DE FUNDAMENTO** " , razonamiento que en el presente caso ha sido esgrimido por la Administración.

La parte actora entiende vulnerado entre otros preceptos el art. 149.1.18 de la C.E. .

La doctrina del Tribunal Constitucional acerca del alcance del artículo 149.1.18ª de la Constitución aparece recogida en la reciente sentencia de 5 de abril de 2001, número 98/2001 .

Según esta resolución en relación con el procedimiento administrativo debe distinguirse entre "procedimiento administrativo común" y "procedimientos racione materiae" (por razón de la materia), de modo que el primero está integrado por los "principios o normas, que, por un lado, definen la estructura general del iter [camino] procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento". Todos estos aspectos son propios de la competencia estatal regulada en el art. 149.1.18 de la Constitución .

Esta afirmación general es matizada en el sentido de que, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa racione materiae. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. De lo contrario,

es decir, si las competencias del régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones Autonómicas si no dictan las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene dicho en la sentencia de 3 de abril del 2002 (recurso contencioso-administrativo núm. 217/1998), sobre los deberes de la Administración en relación con pruebas indiciarias y el valor que éstas tienen como medio de obtener una convicción de la verosimilitud de lo alegado por los interesados en este tipo de pleitos a efectos de superar la fase de admisión previa en el correspondiente procedimiento.

A) cabe admitir que un principio de prueba -al menos eso-, capaz de permitir la aplicación de las razones de integración social que menciona la legislación reguladora del reconocimiento del derecho de autorización de trabajo y residencia, existe en el caso. Para lo cual parece conveniente empezar por saber qué sea eso de un "principio de prueba"; una expresión que, con más frecuencia de la que fuera deseable, parece utilizarse en un sentido puramente vulgar, a modo de recurso lingüístico o sucedáneo retórico y no como la unidad jurídica que, en verdad, es; tal suele suceder cuando se mezcla en el discurso jurídico con los significantes indicio y presunción.

La idea que importa retener es ésta: Hay dos clases de indicios: los que permiten hacer una inferencia presuntiva, y los que sólo permiten establecer un amago presuntivo. El problema estriba, por tanto, en saber si los indicios que aquí tenemos son de aquellos que permiten establecer una inferencia presuntiva o son más bien de aquellos que sólo permitan fijar un amago presuntivo. Si lo primero, obtendríamos una razonable certeza de que lo que sostiene el recurrente coincide con la realidad. Y es precisamente esto lo que ocurre en este caso.

B) Acerca de las potestades del juez y de los deberes de la Administración para averiguar la verdad de lo alegado por el solicitante. A la Administración no le basta, simplemente con negar valor a lo que declara el solicitante sino que tiene el deber ético y también jurídico -y decir jurídico es decir algo más que derecho escrito- de hacer un esfuerzo de investigación por comprobar la certeza de las

alegaciones y demás datos aportados por el interesado.

C) Pues bien, en el caso que nos ocupa -y según hemos explicado en los inicios del apartado precedente- la Administración se ha desentendido de los datos que obran en el expediente administrativo (acta de manifestaciones realizada en fecha 11 de Febrero de 2005 ante Notario Sr. Cánovas Sanchez al folio 27 del expediente administrativo) , pues ninguna referencia hace a ellos, y ha formado su decisión, y luego ha cumplimentado el modelo correspondiente denegando la solicitud.

Debiendo acoger este primer motivo impugnatorio.

2.- La parte actora articula un segundo motivo impugnatorio : **NULIDAD DE LA RESOLUCION IMPUGNADA, POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL ART. 24 DE LA CONSTITUCION EN RELACION CON LOS ARTS. 13 Y 19 DE LA PROPIA NORMA FUNDAMENTAL EN CUANTO A LA NATURALEZA DEL PADRON MUNICIPAL Y EL REQUISITO DEL EMPADRONAMIENTO COMO UNICO ELEMENTO PROBATORIO DE LA RESIDENCIA DEL EXTRANJERO.**

La parte alega que si bien no existe en la resolución impugnada de admisión a trámite referencia expresa al motivo de adopción de la misma y se marca la casilla " SER UNA SOLICITUD MANIFIESTAMENTE CARENTE DE FUNDAMENTO " la realidad es que se resuelve de esa manera al no aportarse certificado de empadronamiento del trabajador extranjero DON ASDRUBAL TISALEMA PERALTA y como documento análogo se aporta un acta notarial de manifestaciones y justificaciones documentales entendiendo que la interpretación de los requisitos en el proceso de normalización y regularización de extranjeros debe realizarse " en la forma más favorable para la plena efectividad de los Derechos Fundamentales " en este caso el Derecho constitucional a la libertad de residencia.

La parte a titulo ilustrativo expone los razonamientos que llevaron a la Sala Tercera del Tribunal Supremo a considerar el PADRON MUNICIPAL como documento oficial que establece la presunción de que una persona reside un municipio , presuncion que es " IURIS TANTUM " , pues admite prueba en contrario. Y así en esa Sentencia de fecha 13 de Julio de 2004 se declara " si bien es cierto, que el Padrón, es un documento oficial, que acredita la residencia, no hay que olvidar, que la presunción que establece, es una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, como ha declarado y valorado esta Sala en las sentencias que la sentencia recurrida refiere de 28 de abril de 1998 y de 13 de octubre de 1998, en la de 2 de enero de 1979 y en particular en la de 20 de febrero de 2002 en la que se declara, entre otros" que el Padrón es una prueba a destruir por hechos en contrario, cuando se demuestre que tales hechos se han producido efectivamente y son ciertos y veraces".

Y por ultimo, porque si la sola certificación del

Padrón no acredita en todos los casos la realidad de la residencia, al poder ciertamente existir personas que empadronadas en un municipio residen efectivamente en otro, a pesar de que no hayan cumplido con sus obligaciones de darse de alta y baja en el Padrón cuando corresponda... " .

Del contenido del Acta Notarial de fecha 11 de Febrero de 2005 se colige que el Sr. Tisalema lleva residiendo en la localidad de Ormaiztegui desde el mes de Noviembre de 2001 , pues las testificales obrantes al mismo (incluida la del Alcalde Sr. Maiora) acreditan su presencia en esa localidad desde esa fecha en que viene desempeñando tareas de limpieza y mantenimiento en el Restaurante y Pensión " Itxune " y Albergue " Beheko Errota " propiedad de D. Agustin Galabide Pellejero.

Además por resolución de fecha 15 de Abril de 2005 de la subsecretaría por la que se dispone la publicación de la resolución de fecha 14 de Abril de 2005 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local por la que se dictan Instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia de los extranjeros anterior al 8 de Agosto de 2004 , afectados por el proceso de normalización inscritos con posterioridad , que en su anejo contempla los documentos que justifiquen el domicilio del interesado conforme a lo establecido en el art. 59.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial .

Y así contempla como documentos públicos que acreditan la estancia en España con anterioridad a esa fecha :

- copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada , debidamente registrada en el municipio.

-tarjeta de asistencia sanitaria de un Servicio Público de Salud en el que conste la fecha de alta o en su caso certificación en la que conste fecha de antigüedad del alta.

- copia de la solicitud de escolarización de menores debidamente registrada .

- certificación del Informe de los Servicios Sociales o notificación de la resolución de percepción de ayudas sociales.

- Documento de alta laboral o certificación de la misma expedida por la Seguridad Social .

En el presente caso consta en el expediente administrativo contrato de trabajo por tiempo indefinido suscrito por el Sr. Tisalema en fecha 15 de Febrero de 2005 , y certificación de la inscripción padronal del Sr. Tisalema en el Ayuntamiento de Gabiria a fecha 26 de Abril de 2005, así como certificado de la Directora del Grupo Hospitalario Quirón de fecha 22 de Abril de 2005 que acredita que el Sr. Tisalema fue intervenido en ese Centro en fecha 6 de Marzo de 2003 debiendo por tanto acoger el segundo motivo impugnatorio .

Por ello no siendo conforme a Derecho la resolución combatida procede la estimación del recurso accionado.

CUARTO.- No apreciándose temeridad o mala fe en la contestación al recurso accionado no procede realizar expresa condena en costas.

QUINTO.- Vista la naturaleza y objeto del procedimiento cabe apelación frente a la presente resolución.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. Ignacio Almandoz Rios en representación de D. AGUSTIN GALABIDE PELLEJERO frente a a resolución de 15 de febrero de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Guipuzcoa por la que se inadmite a trámite la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada a favor del ciudadano de nacionalidad ecuatoriana JUAN ASDRUBAL TISALEMA PERALTA declaro :

1.- NULIDAD DE PLENO DERECHO de la RESOLUCION citada por no ser conforme a e Derecho.

2.- Se reconoce el Derecho a que dicha solicitud sea tramitada y resuelta por el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/04 de 30 de Diciembre desarrollada por la Orden del Ministerio de la Presidencia 140/05 de 2 de Febrero.

3.- La Administración demandada deberá disponer lo necesario para proceder a la incoación, instrucción y resolución de la solicitud formulada a favor de D. JUAN ASDRUBAL TISALEMA PERALTA.

No se hace especial pronunciamiento en costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA).

Así por esta mi Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.