

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2
DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN
Procedimiento ABREVIADO nº 389/05

S E N T E N C I A Nº 1 /2006

En DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, a dos de enero de dos mil seis.

D. JOSE TOMAS RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 389 /05 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: EXTRANJERIA. ABREVIADO. RCA C/ LA RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA, DE FECHA 11 DE JULIO DE 2005, DESESTIMATORIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA PROPIA SUBDELEGACION, DE ANTERIOR, POR LA QUE SE DENIEGA LA SOLICITUD DE AUTORIZACION INICIAL DE RESIDENCIA Y TRABAJO POR CUENTA AJENA PRESENTADA POR DOÑA EVA MARIA OLLO COMAS.

Son partes en dicho recurso: como recurrente SANDRA PATRICIA VARGAS ROSADA, representada y dirigida por el Letrado IGNACIO ALMANDOZ; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado D. Ignacio Almandoz, en nombre y representación de Doña Sandra Patricia Vargas Rosada, se presentó escrito de demanda de Procedimiento Abreviado, contra la resolución administrativa mencionada, en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó pertinentes en apoyo de sus pretensiones terminó suplicando se dictase sentencia por la que se anule la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, de fecha 11 de julio de 2005, y se condene a la Administración del Estado a que dicte nueva resolución concediendo a la recurrente autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, aceptando la solicitud presentada por la empresa, al amparo del proceso de normalización previsto por la Disposición transitoria tercera del RD 2393/2004 de 30 de diciembre.

SEGUNDO.- Admitida a trámite por proveído, se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado,

siendo requerida la parte demandada a fin de que efectuara emplazamientos a las personas que pudieran encontrarse afectadas en el presente procedimiento, señalándose el día 19 de diciembre de 2005 para la celebración de vista, con citación de las partes a las que se hicieron los apercibimientos legales, así como requiriendo a la Administración demandada la remisión del expediente. A dicho acto de la vista compareció la parte recurrente y la parte demandada, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los tramites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de Doña Sandra Patricia Vargas Rosada, de nacionalidad colombiana se ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo, número 389 del año 2.005, frente a la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa de fecha 11 de julio de 2005 por la que se resuelve denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo solicitada por la empresa al trabajador extranjero por " no acreditar que el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos con 6 meses de antelación al 07/02/2005 (anterior al 8 de agosto de 2005), siendo los documentos que se adjuntaban al citado empadronamiento no admisibles por no hallarse entre los establecidos por la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del INE y del Director General de Cooperación Local, todo ello en relación con proceso de normalización previsto por la Disposición Transitoria 3ª del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Constituye el suplico de la demanda el que por este órgano jurisdiccional se dicte sentencia por la que se declare: 1. La nulidad de la Resolución recurrida que deniega la solicitud de Autorización Inicial de Residencia y Trabajo por Cuenta Ajena, formulada por Doña Eva Ma Olló Comas, a favor de Sandra Patricia Vargas Rosada y 2. El reconocimiento del derecho a que dicha solicitud sea reconocida a la recurrente.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo y de las alegaciones formuladas por las partes, quedan acreditados los siguientes datos fácticos: por Empresario: Doña Eva Ma Olló Comas, debidamente inscrito en los correspondiente registros, se solicita ante la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, en

los términos que constan en el expediente administrativo, autorización de residencia y trabajo a favor de la parte recurrente, acogiendo al proceso de normalización previsto por la Disposición Transitoria 3ª del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social adjuntando a su solicitud, entre otra documentación, pasaporte ordinario, contrato de trabajo de duración determinada, certificado de antecedentes judiciales expedido por la Administración de su País de origen en el que consta que "no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales o de policía", certificado de empadronamiento, certificado emitido por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa de no constancia de antecedentes penales.

2. En virtud de lo dispuesto en la Resolución -aquí impugnada- de la Subdelegación de Gobierno de Guipúzcoa de fecha 11 de julio de 2005 se resuelve denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo solicitada por ser los documentos presentados distintos de los contemplados en la Resolución de 14 de abril de 2005 y en las instrucciones de la Dirección General de 20 de abril de 2005.

SEGUNDO.- Las alegaciones en las que la parte actora funda su pretensión impugnatoria consisten fundamentalmente en sostener que el recurrente cumple la totalidad de los requisitos legalmente exigibles para la obtención del permiso solicitado y concretamente los requisitos previstos en el Art. 50 del Reglamento 2393/04, con excepción de lo dispuesto en sus párrafos a), b) y g) y que la resolución impugnada adolece de los siguientes vicios de nulidad: a) por infracción de lo dispuesto en los artículos 3.1 y 70.4 de la Ley 30/92 LRJAP y PAC en relación con el artículo 65 de la Ley 7/85 (LBRL) y b) por falta de aplicación de los artículos 1215 y 1216, siguientes y concordantes, del Código Civil, en cuanto a la consideración de documento publico de la certificación padronal.

Por la Abogacía del Estado se interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada, al entender que la misma es conforme a derecho.

TERCERO.- La cuestión que se ventila en este pleito "thema decidendi" se circunscribe a determinar si resulta de aplicación a los procesos de normalización previstos en la Disposición Transitoria Tercera del RD 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 extranjeros en España, las causas de denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo previstas en el Art. 53 de dicho reglamento. El análisis de los vicios de nulidad

puestos de manifiesto por la representación de la recurrente no va a ser necesario para la resolución de la presente litis, como más adelante se comprobara.

La Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004, de 30 de diciembre establece un proceso excepcional de regularización que afecta al plazo previsto de regularización y a la omisión de determinados requisitos exigidos con carácter general, pero que no excluye la aplicación del contenido del reglamento salvo en lo expresamente exceptuado. La remisión que efectúa la Disposición Transitoria Tercera del reglamento al Art. 50 en orden a la necesidad del cumplimiento de los requisitos en el previsto, no significa la exclusión de la aplicación del resto de preceptos del mismo. La Disposición Transitoria Tercera del referido RD dispone "en el plazo de 3 meses desde la entrada en vigor del reglamento, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero podrán solicitar que se le otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: ..c) que se cumplen los requisitos previstos en el art. 50 del reglamento.., para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de lo dispuesto en sus párrafos a), b) y g). Estos requisitos son los precisos para la incoación o inicio del procedimiento, correspondiendo a la Administración el examen de la documentación aportada y su resolución de forma motivada, en el marco de la normativa de extranjería que no resulte expresamente excluida. La falta de cumplimentación de alguno de estos requisitos será determinante de la inadmisión de la solicitud, sin necesidad de entrar a valorar el fondo de lo solicitado.

Una cosa es el cumplimiento de los requisitos que de manera estable contempla el Reglamento para poder solicitar las autorizaciones de residencia y trabajo, exigencia sobremanera suavizada temporalmente en el proceso de normalización para aquellos que ya se hallen en territorio español y carezcan de autorización de residencia (pues determinados requisitos exigidos con carácter general en ese proceso se exceptúan), y otra cosa muy distinta y que ha de tenerse siempre en cuenta es la naturaleza de los requisitos previstos en el artículo 53 que operan en un momento posterior, el de la instrucción del procedimiento y su tramitación, en el que la Administración habrá de valorar y ponderar, resolviendo de forma motivada y sobre el fondo de la petición otorgando la autorización, o denegándola cuando concurra alguno de los supuestos establecidos en el art. 53 del Reglamento, (supuestos denegatorios de los que han de entenderse excluidos los que tengan relación con los requisitos establecidos en los apartados a, b y g del Art. 50, por coherencia interna de la norma, a fin de respetar de la voluntad del legislador de excluirllos en uno y otro momento del procedimiento, cuando se trate de solicitudes formuladas al amparo del proceso de normalización previsto en

la Disposición Transitoria tantas veces mencionada). Salvo el caso de los requisitos así excepcionados, el régimen jurídico aplicable en ambos casos ha de ser idéntico e iguales los resultados finales de los procedimientos, ordinarios o extraordinarios que se tramiten, solo así podremos considerar perfectamente imbricados los preceptos examinados con las reglas generales de procedimiento contenidas en los artículos 68 a 73- incoación del procedimiento- y 78 a 86 -instrucción del procedimiento- contenidos, como clave de bóveda de todo el sistema administrativo en la capital y nuclear Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTO.- El Art. 53.1 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre enumera los supuestos en los que la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo, previamente admitidas a trámite, como indicábamos, para el caso general por cumplimiento de todos los requisitos del artículo 50 citado, como por cumplimiento de las condiciones reducidas en el caso de resultar aplicable la DT tercera del mismo Reglamento.

Para decidir si la Resolución de la Administración recurrida se ajusta a Derecho al denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena solicitada por la empleadora Doña Elvira Ma Ollo Comas a favor de la recurrente Doña Sandra Patricia Vargas Rosada, ha de acudirse a la normativa legal aplicable al supuesto.

Pues, bien, en primer lugar, ha de señalarse que la Disposición Transitoria Tercera del R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, establece, entre otras, como condición para que pueda solicitarse una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena que *el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos, con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 47/2000.*

La O.M PRE/140/2005, de 2 de febrero, desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la Disposición Transitoria Tercera del R.D. 2392/2004, de 30 de diciembre. Establece la Orden citada en su apartado Primero. 2 que podrán acogerse al proceso de normalización los empresarios o empleadores y los trabajadores extranjeros que reúnan los requisitos previstos, según corresponda, en los apartados Segundo o Tercero de esta Orden.

En el Apartado Segundo, que es el aplicable al supuesto(pues se trata de una solicitud presentada por una empleadora a favor de la recurrente), establece como requisito, que *el trabajador figure empadronado en un municipio español con al menos seis meses de anterioridad al 7 de febrero de 2005, fecha de entrada en vigor del*

Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, presentando asimismo un pasaporte, título de viaje o cedula de inscripción que acredite su presencia continuada en territorio español durante dicho periodo(letra a).

En el Apartado Sexto de la OM PRE /140/2005, se establece que cuando el sujeto legitimado para presentar la solicitud sea el empresario o empleador, al modelo oficial de la solicitud, deberá acompañar la siguiente documentación: *certificación de empadronamiento del trabajador extranjero, en la que conste una fecha de inscripción en un padrón municipal español anterior al 8 de agosto de 2004(1c)*

La Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaria, dispuso la publicación de la Resolución de 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 anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad. La Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación, estableció los documentos públicos que debían tenerse en cuenta para acreditar la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004, que son los siguientes:

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

-Tarjeta de asistencia sanitaria de un Servicio Publico de Salud en el que conste la fecha de alta o en su caso certificación en la 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.

Como resulta del contenido de la resolución administrativa recurrida de fecha 11 de julio de 2005, que desestimaba el Recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de 25 de mayo de 2005, la denegación de la autorización se fundamenta en el incumplimiento de la condición de figurar la recurrente empadronada en un municipio español, al menos con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

En el presente caso la recurrente acudió al Ayuntamiento de Irun con toda la documentación que acreditaba su estancia en territorio español antes del 8 de agosto de 2004, consistente en certificado emitido por funcionario colegiado del Servicio Vasco de Salud OSAKIDETZA, en el que se hace constar que la solicitante, fue atendida, en dicho Servicio, el día 3 de agosto de 2004(folio 9 del expediente administrativo)

A la vista de dicho documento el Ayuntamiento de Irun, en aplicación de las Instrucciones Técnicas dictadas a los Ayuntamientos por el INE y la DGCL en la Resolución de fecha 14 de abril de 2005(publicada por Resolución de 15 de abril), para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior de los extranjeros afectados por un procedimiento de normalización, expide a la recurrente un certificado de empadronamiento por omisión que data de fecha de inscripción 18 de febrero de 2005, pero al que se le otorga " eficacia retroactiva" y por el que se reconoce que Sandra Patricia Vargas Rosada con fecha 3 de agosto de 2004, estaba residiendo en España.

QUINTO.- En directa conexión con lo dicho hasta ahora puede observarse, como la Administración del Estado considera absolutamente relevante el certificado padronal como prueba única del cumplimiento del requisito que ahora examinamos, y así lo demuestra la Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales(BOE numero 91 de 16 de abril), por la que se dispone la publicación de la Resolución de 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 las certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad, por lo que se dispone un mecanismo absolutamente flexible en orden a facilitar lo que la Resolución califica del "Empadronamiento por omisión", pero que mantiene inalterada la obligación de presentación, del certificado de empadronamiento queremos decir, como requisito obligatorio para permitir la continuidad de la tramitación de la solicitud en vía administrativa.

Estas consideraciones, observándose que en el expediente consta certificación padronal de la recurrente en el Ayuntamiento de Irun a fecha 18 de febrero de 2005, al que como se ha indicado anteriormente se le otorga carácter retroactivo al 3 de agosto de 2004, acreditativo del requisito de residencia a la fecha establecida en la norma, unida a la instancia presentada ante la Administración enderezan el recurso a su total estimación, anulando el acto recurrido por no ser conforme con el ordenamiento jurídico, y

declarando el derecho de la recurrente a que le sea concedida la solicitud de Autorización inicial de Residencia y Trabajo por cuenta ajena formulada por Doña Eva Ma Olo, debiendo la Administración otorgar la autorización administrativa denegada.

SEXTO.- No ha lugar a efectuar expresa condena en costa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1º de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

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

FALLO

Que ESTIMANDO el presente Recurso Contencioso-Administrativo, interpuesto por el Letrado D. Ignacio Almandoz Rios en representación de Doña Sandra Patricia Vargas Rosada, de nacionalidad colombiana, con el numero. 389 del año 2005, frente a la Resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa de fecha 11 de julio de 2005, por la que se resuelve denegar la solicitud de Autorización Inicial de Residencia y Trabajo por cuenta ajena, solicitada por Doña Eva Maria Olo para la trabajadora extranjera Doña Sandra Patricia Vargas Rosada, todo ello en relación con el Proceso de Normalización previsto por la Disposición Transitoria 3ª del R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, **DECLARO:**

1º La nulidad del acto recurrido, por no ser conforme con el Ordenamiento Jurídico.

2º El derecho de la recurrente a que le sea concedida la solicitud de Autorización inicial de Residencia y Trabajo por Cuenta Ajena, formulada por Eva Maria Olo, a favor de Sandra Patricia Vargas Rosada, debiendo la Administración, actuar de conformidad con lo resuelto en el Fundamento Jurídico Quinto In fine de esta sentencia, otorgando la autorización administrativa denegada.

3º No hacer especial pronunciamiento sobre las 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.