

Apelacion 557/05

04/93

Euskal Autonomi Erkarteko Justizia
Administrazioaren Ofizio Pepera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

10.01.06

RECORRIDO
23 05

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN nº 457/05

DE Apelación Ley 98

SENTENCIA NUMERO 908/05

Loe T. J. Miguel Ángel Viñas

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

MAGISTRADOS:
D. LUIS MIGUEL BLANCO DOMINGUEZ
DÑA. MARGARITA DIAZ PEREZ

En la Villa de BILBAO, a dos de diciembre de dos mil cinco.

La sección número 3 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el tres de Mayo de dos mil cinco por el J. lo. de lo Contencioso Administrativo nº 3 (Bilbao) de BILBAO en el recurso contencioso-administrativo número 316/04.

Son parte:

- APELANTE: *L,*
representado por D. GUILLERMO SMITH APALATEGUI y dirigido por el Letrado SR. VIÑAS PEÑA.

- APELADO: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA
representado por y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrado Ponente *Excepcionado en el*
IBARRA ROBLES. *C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR*

10 ENE 2006

PROKURATOR GENERAL
FIRMA PROCURADOR

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo nº 3 (Bilbao) de BILBAO se dictó el tres de Mayo de dos mil cinco sentencia DESESTIMATORIA en el recurso contencioso-administrativo número 316/04 promovido por GLORIA PATRICIA GALVEZ VILLAREAL contra DENEGACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO DE SOLICITUD DE PERMISO DE TRABAJO Y RESIDENCIA, siendo parte demandada SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por GLORIA PATRICIA GALVEZ VILLAREAL recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 24.11.05, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- A) Objeto de la apelación.

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a nacional de Colombia, se impugna la sentencia dictada con fecha de 3 de mayo de 2005 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de los de Bilbao, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 316/04.

La sentencia desestima el recurso jurisdiccional interpuesto por la ahora apelante contra el acto presunto de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya - Dependencia Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales, por el que se deniega la solicitud de permiso de trabajo y autorización de residencia inicial, formulada el 28 de noviembre de 2003,

para la realización de trabajo de Empleada de hogar, en régimen de alojamiento, por cuenta de D. Jesús González Pujana.

En el proceso de instancia, la parte actora dedujo en fundamento de sus pretensiones que la solicitud formulada cumple con los requisitos legales y se acompaña de la documentación preceptiva, incluida la solicitud de visado formulada en plazo ante el Consulado de España en Bogotá.

Pese a lo cual, no ha recaído resolución administrativa dentro del plazo legal.

La sentencia apelada declara probado que la solicitud de autorización cumple con los requisitos de documentación que exige el artículo 81 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Refiere como única cuestión suscitada en la instancia la de decidir sobre si concurre o no el motivo legal de denegación del permiso de trabajo en aplicación del supuesto de afección a la situación nacional de empleo previsto en el artículo 74.1.a) del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001.

A este efecto, señala el juzgador que obra en el expediente administrativo un certificado expedido con fecha de 10 de noviembre de 2003 por la Dirección de la Oficina del Instituto Nacional de Empleo en Getxo donde se recoge el resultado de la gestión de la oferta de empleo presentada; el informe consigna que, a dicha fecha, en el ámbito provincial de Bizkaia están registradas 496 personas demandantes que buscan empleo en la profesión de "empleada de hogar". Aprecia que esta profesión se corresponde con la que se consigna en la oferta de empleo formulada por el Sr. considera que la referencia que se contiene en el informe sobre ausencia de datos respecto de demandantes de empleo "interinas" (sic) carece de relevancia en el procedimiento.

De donde concluye que ha quedado probada la existencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta de trabajo formulada. Esta apreciación fáctica y la aplicación del artículo 70.1.1ª) y b) del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001, se ofrecen como la razón de decidir por la que se declara la conformidad a derecho del acto presunto denegatorio de la solicitud de permiso de residencia y trabajo formulada.

B) Posición de la parte apelante.

La parte apelante sostiene, en síntesis, que:

a) Se ha producido un error en la valoración de la prueba documental. En la certificación remitida por los Servicios Públicos de Empleo no se efectúa ninguna referencia a personas o a empleo de "interinas", sino a la imposibilidad de detallar cuantas de las personas incluidas entre las

demandantes de empleo de empleadas de hogar se incluyen en la categoría de "internas"; entendiéndose esta expresión como empleadas de hogar que prestan servicios con alojamiento y manutención en la casa del empleador.

b) El empleador ofertante, al tiempo de efectuar la gestión ante el INEM, señaló como característica del trabajo de empleada de hogar ofrecido el que el mismo habría de prestarse en régimen de horario como "interna"; esto es, con alojamiento en el domicilio del empleador. Por lo que el certificado emitido por la Oficina de Empleo del INEM en Getxo, debe entenderse con resultado negativo, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 70.1.1ª) y b) del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001. Siendo este dato suficiente para generar el deber administrativo de dar trámite a la solicitud de permiso de trabajo interesado por la ahora apelante.

C) Posición de la parte apelada.

La defensa de la Administración del Estado ha comparecido en el recurso de apelación, si bien no ha formulado escrito de oposición al recurso interpuesto.

SEGUNDO, - Se aprecia infracción del artículo 70.1.1.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

El expediente administrativo recoge los siguientes antecedentes relevantes para el enjuiciamiento del motivo de apelación que se sustenta sobre el error en la valoración de la prueba documental:

a) El 28 de noviembre de 2003, D. Tomás Gor solicitó concesión de permiso de trabajo inicial por cuenta ajena a favor de la ahora apelante, D. Gloria, para su contratación en la ocupación de empleada de hogar, con alojamiento y manutención, dentro del sector de actividad del servicio doméstico. El empleador acompañó a la solicitud una oferta nominativa de empleo y, entre otros documentos, una memoria sobre la oferta, en la que se indica que vive solo y que, en razón de la edad (86 años) y de la mala salud, le cuesta valerse por sí mismo; por lo que necesita contratar los servicios de una persona que se aloje en su domicilio; acredita esta situación mediante copia simple del Libro de Familia y de dos informes emitidos por Médico Cardiólogo; acompaña, también, certificación de la Dirección Provincial del INSS sobre alcance de la prestación de jubilación devengada por el interesado.

Y, así mismo, acompaña una certificación emitida con fecha de 10 de noviembre de 2003 por la Dirección de la Oficina de Empleo en Getxo del Instituto Nacional de Empleo, en la que se consigna:

"El día 10 de noviembre de 2003, la empresa Jesús González Pujana presentó una oferta de empleo para 1 puesto de trabajo en la ocupación de Empleada de Hogar. Habida cuenta que entre los requisitos exigidos uno es que debe de ser "interna", nuestra aplicación informática no contempla la posibilidad de discriminar por dicha acepción. En la provincia de Bizkaia hay 496 demandantes disponibles que buscan empleo en dicha profesión".

b) Mediante oficio fechado el 17 de mayo de 2004, la Dependencia Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, solicita de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco la emisión de informe en el plazo de 15 días, sobre si existen razones que impidan la concesión de permiso de residencia, entre otros, a favor de la persona extranjera ahora apelante. En el expediente administrativo no se documenta el informe solicitado.

c) Mediante escrito registrado en la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya el 6 de abril de 2004, la ahora apelante manifiesta que, el día 30 de marzo de 2004, solicitó visado ante el Consulado de España en Quito. Acompaña al escrito copia simple de la solicitud de visado Schengen registrada en la fecha y lugar señalados.

Los datos aportados ponen de manifiesto, en primer lugar, el error padecido por el juzgador de instancia en la valoración del informe emitido por la Oficina de Empleo del INEM. Toda vez que en dicho informe no se consigna la expresión de "interinas" señala en la sentencia de instancia que, en efecto, carecería de relevancia para la gestión de la oferta de empleo. Sino que en el informe se consigna la expresión de "interna" aplicada al régimen jornada y horario de prestación del servicio; expresión mediante la que se significa la necesidad de que la persona contratada se aloje y pernocte en el domicilio del empleador, de conformidad con el régimen de horario establecido en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar.

Siendo así que la ausencia de datos sobre la demanda de empleo que incluya este específico perfil profesional sí que resulta determinante a efectos de apreciar la concurrencia o no del elemento de juicio requerido para decidir sobre la concesión del permiso inicial de trabajo que se consigna en el apartado 1.1.b) del artículo 70 del Real Decreto 864/2001, aplicable al caso de autos (que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo).

Lo que conduce a apreciar que la sentencia de instancia incurre en error en la valoración de la prueba documental aportada al procedimiento administrativo.

La anterior constatación abre el paso al necesario control de la actuación administrativa que se sujeta a control jurisdiccional.

Y ello para apreciar que dicha actuación administrativa no responde al régimen de tramitación dispuesto para la concesión inicial de permisos de trabajo a favor de personas extranjeras no comunitarias en el artículo 70, en relación con los artículos 80 a 87, del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Este régimen reglamentario, aplicable al caso de autos en razón de la fecha de incoación del procedimiento administrativo, habilita a la autoridad administrativa para conceder permiso inicial de trabajo por cuenta ajena, atendiendo a los elementos que se consignan en el apartado 1.1 del artículo 70 del Real Decreto 864/2001, siempre que se documente en el procedimiento la inexistencia de demandantes de empleo, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo, disponibles para atender a la oferta de trabajo realizada a favor de persona extranjera.

A este fin, se confiere al empleador la facultad de solicitar un permiso de trabajo inicial a favor de persona extranjera no comunitaria, siempre que, previamente, haya instado la gestión de la oferta de empleo ante el servicio público de empleo y ésta haya concluido con resultado negativo. A cuyo efecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión deberá emitir, en un plazo de quince días, una certificación en la que se exprese la inexistencia de personas demandantes de empleo disponibles para atender la oferta formulada por el empleador.

En el caso de autos, el informe emitido por la Dirección de la Oficina de Empleo del INEM en Getxo que se aporta al procedimiento administrativo por el empleador no cumple con el contenido formal requerido por el precepto reglamentario. Pero, en todo caso, la valoración de su contenido en términos probatorios no permite alcanzar la conclusión de existencia de personas demandantes de empleo disponibles para atender la oferta formulada por el empleador que se alcanza por el juzgador de instancia, al no discriminarse en el informe respecto de la concreta modalidad de contratación de persona empleada de hogar en régimen de alojamiento y pernoctación que caracteriza la oferta de empleo formulada.

En consecuencia, la sentencia de instancia adolece de invalidez al venir fundada en la apreciación de un elemento de juicio obtenido mediante una errónea apreciación sobre el contenido de la actuación administrativa instructora;

habiéndose puesto de manifiesto que, a su vez, esta actuación administrativa infringe las exigencias del artículo 70.1.1.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Lo que determina la estimación de la pretensión de revocación de la sentencia dictada en el proceso de instancia.

TERCERO.- Reconocimiento del derecho al procedimiento. Adopción de medida de restablecimiento en el ejercicio del derecho.

Se sigue de la argumentación consignada en el anterior Fundamento Jurídico que la actuación administrativa enjuiciada adolece de vicio de invalidez procedimental, al no haberse realizado las actuaciones instructoras necesarias para que la autoridad administrativa competente pueda decidir sobre la solicitud formulada.

Esta apreciación determina la declaración de invalidez del acto administrativo presunto que se sujeta a control jurisdiccional.

La estimación, así mismo, en aplicación del artículo 31.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de la pretensión de reconocimiento de derecho, debe ser precisada en cuanto a su contenido ya que la situación jurídica objeto de reconocimiento a favor de la persona extranjera recurrente, ahora apelante, es la referida al ejercicio de un derecho subjetivo al procedimiento que le habilita para obtener una resolución conforme a derecho que venga fundada en una correcta apreciación por la autoridad administrativa competente del elemento de juicio previsto en el artículo 70.1.1.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de junio, de acuerdo con la actividad instructora cuya realización habrá de disponerse por la Dependencia Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya.

CUARTO.- En aplicación del artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998, no se ofrecen méritos para efectuar una imposición particularizada de las costas causadas en este proceso.

Siendo en atención a lo expuesto que este Tribunal dicta el siguiente

F A L L O

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 457 DE 2005, INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES D. GUILLERMO SMITH APALATEGUI, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE D^a [REDACTED] REAL, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA CON FECHA DE 3 DE MAIO DE 2005 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 3 DE LOS DE BILBAO, RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 316 DE 2004, DEBEMOS:

PRIMERO: REVOCAR, COMO REVOCAMOS, LA SENTENCIA APELADA.

SEGUNDO: CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA AHORA APELANTE, EN RELACIÓN CON EL ACTO ADMINISTRATIVO PRESUNTO DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA, POR LA QUE SE DENIEGA EL PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO SOLICITADO PARA LA CONTRATACIÓN DE D^a [REDACTED] L, MEDIANTE OFERTA NOMINATIVA DE EMPLEO, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS:

1º.- LA DISCONFORMIDAD A DERECHO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PRESUNTA RECURRIDA QUE, POR ELLO, DEBEMOS ANULARLA Y LA ANULAMOS.

2º.- RECONOCEMOS EL DERECHO DE LA RECURRENTE A QUE LA SOLICITUD DE PERMISO INICIAL DE TRABAJO Y AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DEDUCIDAS SEAN RESUELTAS POR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 80 A 87 DEL REAL DECRETO 864/2001, DE 20 DE JULIO.

3º.- COMO MEDIDA NECESARIA PARA EL PLENO RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO AL PROCEDIMIENTO RECONOCIDO A LA RECURRENTE, CONDENAMOS A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO A QUE PROCEDA A LA PROSECUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO HASTA SU DEFINITIVA TERMINACIÓN EN LA FORMA DISPUESTA EN EL FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO DE ESTA SENTENCIA.

TERCERO: NO EFECTUAMOS IMPOSICIÓN SOBRE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.