

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO Nº 3

PONTEVEDRA.

PROCESO ABREVIADO número 32/2009.

DEMANDANTE. [REDACTED]

LETRADO LISANDRO MINIGUTTI TORREALDAY.

DEMANDADA. SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA.

CUANTÍA INDETERMINADA.

SENTENCIA nº 145/2.009.

Pontevedra, uno de junio de dos mil nueve.

María del Carmen Bóveda Soto, juez sustituta de este Juzgado DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO número TRES de PONTEVEDRA, ha visto los presentes autos seguidos como PROCESO ABREVIADO número 32/09 a instancia de [REDACTED], representada y asistida por el Letrado Lisandro Minigutti Torrealday, frente a la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN PONTEVEDRA-ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, contra el siguiente acto administrativo:

Resolución de 25 de noviembre de 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra desestimatoria del recurso de reposición formulado por la Sra. [REDACTED] contra la de 21 de abril de 2.008 denegatoria de su solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º. Con fecha 02.02.09 se recibía en este Juzgado, procedente del turno de reparto de Decanato, escrito formulado por la representación de actora en que interponía recurso contencioso administrativo frente a la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra contra la resolución arriba indicada.

2º. Admitido a trámite el recurso, se acordó seguirlo por los cauces del proceso abreviado y señalar día y hora para la celebración de vista, que tuvo lugar el 28.04.09 con la asistencia de la parte actora, y de la Administración demandada.

3º. Tras la ratificación de la demanda, se fijó la cuantía del recurso en indeterminada, se practicó la prueba declarada pertinente y, una vez emitidas conclusiones orales por las partes, se declararon los autos conclusos para dictar Sentencia.

## II. HECHOS PROBADOS.

1º. Por escrito con entrada en el registro general de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra de 2008 [REDACTED] formulaba solicitud de autorización de residencia por arraigo A la solicitud unía prueba documental acreditativa de los requisitos exigidos por el artículo 45.2b) del RD 2393/2004: certificado de empadronamiento ( más de tres años de residencia ininterrumpida en España) certificado de antecedentes penales ( ausencia de antecedentes penales) actas de nacimiento de su hija y nieta (vínculos familiares con residentes), informe de la trabajadora social ( inserción social) y un contrato de trabajo como empleada de hogar .

2º. Recibida la solicitud en la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación, en resolución de 13.10.08 se le deniega por no garantizar la empleadora a la trabajadora extranjera la actividad continuada en la relación laboral ofertada de empleada de hogar durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo solicitada .Dicha resolución se adopta en base a que unos meses antes la misma empleadora concedió trabajo al extranjero Juan [REDACTED] que obtuvo permiso de residencia en fecha 21.05.2008 si bien al poco tiempo este cesó la relación laboral con la empleadora .este es el motivo por el que el Subdelegado del Gobierno en Pontevedra deniega la solicitud al concurrir la causa prevista en el art. 53.1.f) del Reglamento de Ejecución aprobado por el Real Decreto 2.393/2004 de 30 de diciembre, al no garantizarle al trabajador la contratación a tiempo completo por un período de doce meses (f.17).

3º. Por escrito de fecha 20-11-2008 la empleadora formula recurso de reposición frente a tal resolución alegando tener recursos suficientes para asegurar la continuidad laboral durante el período exigido así como demanda laboral .

4º. La Subdelegación del Gobierno desestima el recurso en resolución de 25-11-2008.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso contencioso administrativo impugna la denegación de la solicitud de residencia por arraigo formulada ante la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra por Aurora [REDACTED] .

Los argumentos sustentadores de la demanda son sustancialmente dos:

1º. Concurrencia de los requisitos exigidos para la concesión de la autorización;

2º. Inaplicación de la fundamentación de derecho de la resolución impugnada pues aunque la resolución no cita artículo alguno entiende la recurrente que se refiere implícitamente a los artículos 50, 51.14 y 53.1f del reglamento de la LOEx. reguladores de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena mientras que la recurrente solicitó una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo reguladas en los artículos 31.3 de la LOEx y 45 a 47 del RLOEx .

La demandante sostiene que su solicitud sí cumple con las exigencias documentales

y con la concurrencia de los requisitos sustanciales que prevé la Ley para ser atendida en forma positiva.

3º vulneración del artículo 51.14 por no haber requerido a la empleadora para explicar porque se rompió la relación laboral anterior

4º Inaplicación a la solicitud de residencia por arraigo el marco regulador de la solicitud de residencia y trabajo por cuenta ajena , invocando dos resoluciones del Juzgado Contencioso-administrativo nº 1 de Guadalajara de fecha 27.07.2007 y 25.10.2007

El letrado del Estado se ratifica en la denegación alegando carece de contrato laboral firmado y de medios de vida .También de arraigo porque su hija y nieta estarían en situación ilegal.

Sentado lo anterior procede el análisis de las posturas de ambas partes

Segundo. Efectivamente la recurrente solicitó autorización de residencia temporal inicial por circunstancias excepcionales arraigo al amparo del artículo 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004

El artículo 45.2b) establece que "se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos: A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa."

Tal y como se desprende del oficio de fecha 12 de septiembre de 2008 del comisario accidental de la Comisaría de Policía de Vigo la recurrente con pasaporte válido hasta 13-06-2011 presenta justificante de empadronamiento en Vigo desde 23-05-2005 , informe favorable del inserción social emitido por el Ayuntamiento de Vigo tiene oferta de empleo comprobando que está trabajando y carece de antecedentes penales

Consta además acreditado que paga el alquiler de un piso en Vigo y vive con su hijo y una nieta comprobando la trabajadora social tanto que cuenta con recursos económicos como que está desempeñando un trabajo en el momento de la solicitud. Concurren pues los requisitos exigidos en el artículo 45.2b) que es el que fundamenta la solicitud .

El letrado del Estado se opone en base a que carece de contrato laboral firmado que garantice una relación laboral continuada porque la empleadora firmó anteriormente un contrato laboral con otro extranjero cesando al poco tiempo dicha relación . La propia empleadora recurrió en reposición la denegación manifestando que el anterior empleado cesó la relación laboral para trabajar como panadero y acreditó documentalmente tener ingresos suficientes para facilitar el empleo y su salario . En cualquier caso la trabajadora social que es la responsable de comprobar si realmente existe ese contrato de trabajo sostiene que la recurrente tienen ingresos y trabajo , y su estancia en España en la fecha dura ya cuatro años , pagando una vivienda de alquiler en la que reside con un núcleo familiar circunstancia que en cualquier caso no es necesaria porque alternativamente bastaría

con que presente un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual y este obra unido a las actuaciones por lo que poco importaría que la hija y la nieta se hallasen en situación de estancia ilegal como sostienen el letrado al cumplirse el otro requisito .

A su vez, los artículos 50 y 53 del 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, recogen los requisitos exigibles para la obtención de tal autorización y un listado de las causas de denegación respectivamente.

De acuerdo con el art. 50 del Reglamento, para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena deben concurrir 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 empleado 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 del cumplimiento 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.”

Las causas de denegación figuran en el art. 53.1º RD 2.393/2004 según el cual “la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los supuestos siguientes:

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 art. 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 art. 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 arts. 50, 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, 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 Orgánica 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 art. 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.”

El párrafo Segundo del mismo artículo exige que la denegación sea “motivada” y exprese los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos.

En idéntico sentido el art. 51.5º del Reglamento prevé que “la autoridad competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada, atendiendo a los requisitos previstos en esta sección, y notificará al empleador la resolución sobre la autorización de residencia y trabajo solicitada”

Tercero. Vista la normativa de aplicación al caso estudiado y la postura procesal de ambas partes, hay que recordar que el único motivo en que se apoya la denegación de la solicitud de la Sra. [REDACTED] es la concurrencia de una de las causas que excluyen la concesión, en concreto la prevista en el art. 53.1f) del Reglamento, es decir, la falta de garantía por el empleador de una “actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo”. Esa letra del art. 53.1. también incluye como causa de exclusión la falta de acreditación por el solicitante de “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.”

Sin embargo como puede observarse de la mera lectura de la documentación aportada con la solicitud inicial, se hizo una oferta a favor de Aurora por el período de 1 año (folio 7 del expediente).

De ser el otro condicionante del art. 53.1.f) del Reglamento aquel en el que supuestamente se apoya la Subdelegación para denegar el permiso (carecer de medios económicos o materiales para hacer frente a las obligaciones laborales derivadas de la oferta) tampoco parece concurrir pues de la propia empleadora presenta su declaración de la Renta para acreditar recursos suficientes para contratar los servicios de la solicitante y necesidad de ello precisamente porque el anterior empleado cesó en la relación laboral .Y es precisamente esta extinción de contrato , ajena a la recurrente la que fundamenta la denegación . Causa que debe ser rechazada pues ninguna prueba hay de que la empleadora hubiera despedido a su anterior empleado o sancionada mediante resolución firme en los últimos doce meses por infracciones calificadas como muy graves en la Ley Orgánica 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. Antes al contrario recurre la denegación y manifiesta en su alegación segunda que fue el trabajador Juan Camilo [REDACTED] quien cesó voluntariamente su relación laboral con ella y en la tercera y cuarta que cuenta con ingresos suficientes acreditados para mantener ese puesto de trabajo ( certificaciones de renta y patrimonio de Rosina Alvarez Salido , unidas a autos ).

De todo lo anterior resulta que, aunque explicitada y suficiente la motivación en que se apoya la resolución recurrida, los motivos para la denegación no concurrían lo cual obliga a la estimación del recurso.

Cuarto. En base a lo dispuesto en el art.- 81.1 de la L.J.C.A. y en atención a la cuantía del recurso, indetermina, frente a la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación.

Quinto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la L.J.C.A., no se aprecian motivos para establecer una condena en costas, pues no se aprecia temeridad ni mala fe.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de general y pertinente aplicación

**FALLO**

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de Aurora [REDACTED] seguido como Proceso Abreviado nº 32/09 contra la resolución de 25 de noviembre de 2008 de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la de 21 de octubre de 2008 denegatoria de su solicitud de autorización de residencia temporal inicial por arraigo ; resolución que se declara contraria a Derecho y se anula, con la consiguiente condena a la Administración demandada a conceder tal autorización en el plazo máximo de UN MES desde la notificación de esta resolución, todo ello sin pronunciamiento en materia de costas.

Así por esta mi sentencia, frente a la que cabe interponer Recurso de Apelación en el plazo de quince días, para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, lo acuerdo y firmo.



**PUBLICACION.** Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el