

lto: Almandoz Rios

C/ Urbieta 49. 1º dcha
fa J

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE DONOSTIA - SAN
SEBASTIAN-(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIETAKO 2 ZK.KO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA 1-3º PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-000778

N.I.G. / ISO: 20.05.3-05/000790

Procedimiento / Prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 314/05

Demandante / Demandatzailea: MARTHA NARCISA ORTEGA	Administración demandada / Administrazio
Representante / Ordezkarria:	demandatua: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN
	GIPUZKOA-EXTRANJERIA
	Representante / Ordezkarria:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO, EN GIPUZKOA, DE 4.07.05,
DESESTIMANDO EL RECURSO DE REPOSICION FRENTE A LA RESOLUCION DE 24.05.05,
DENEGATORIA DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACION INICIAL DE RESIDENCIA Y TRABAJO
POR CUENTA AJENA.

S E N T E N C I A N° 343-2.005

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN a dos de diciembre 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 314/05 y seguido por el
procedimiento ABREVIADO , en el que se impugna: la resolución
más arriba indicada .

Son partes en el procedimiento : DEMANDANTE : MARTHA
NARCISA ORTEGA, asistida 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 27 de
julio 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 16 de noviembre 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 4 de julio de 2005 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la de 24 de mayo de 2005, de denegación de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por Doña Virginia Seoane Lasalde a favor de Doña Martha Narcisa Ortega .

2.- El reconocimiento del Derecho a que la referida solicitud sea concedida a la recurrente.

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 24 de mayo de 2005.

CUARTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales, salvo el dictado de la presente Sentencia debido al cúmulo de asuntos que pesan en la mesa de la proveyente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la resolución de 4 de julio de 2005 desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a resolución de 24 de mayo de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Guipuzcoa por la que se declara denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajador por cuenta ajena solicitada por Doña Virginia Seoane Lasalde a la trabajadora extranjera Doña Martha Narcisa Ortega , 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 4 de julio de 2005 desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a resolución de 24 de mayo de 2005, de denegación de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por Doña Virginia Seoane Lasalde a favor de Doña Martha Narcisa Ortega .

2.- El reconocimiento del Derecho a que la referida solicitud sea concedida a la recurrente.

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, la demandante en compañía de la Sra. Seoane Lasalde, el día 5 de mayo 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 de la ciudadana ecuatoriana Sra. Martha Narcisa Ortega solicitud de autorización de residencia y trabajo (doc. 4), acompañándose el resto de la documentación exigida (contrato de trabajo, empadronamiento y pasaporte). En ese momento no presentaba el certificado de antecedentes penales y se le requirió para que en el plazo de quince días completara el expediente con dicho documento, que posteriormente aportó (doc. 5).

La actora estaba empadronada en Irun desde el día 26 de Octubre de 2004 y con fecha 22 de Abril la Secretaria de ese Ayuntamiento le extendió certificación de inscripción padronal otorgando eficacia retroactiva desde el día 15 de enero de 2003 a dicho empadronamiento, basada en distintos documentos aportados por la interesada (solicitud de permiso de residencia y trabajo por cuenta propia y solicitud de exención de visado presentadas en el Registro General de la propia Subdelegación del Gobierno el día 15 de Enero de 2003.

La Administración resolvió denegando dicha solicitud, basándose en que concurría la circunstancia de haber presentado un documento distinto de los contemplados en la resolución de 14 de Abril de 2005 (al no constar que figura empadronado en un municipio español) con la obligatoriedad de efectuar su salida del territorio nacional en el plazo de quince días a partir del siguiente al de su notificación".

La Sra. Ortega para acreditar su presencia continuada y de forma ininterrumpida en España aportó diversos justificantes de envío de remesas de dinero así como acta notarial otorgada por su parte el día 21 de febrero de 2003.

Además se alega por la parte recurrente que reside en Irun, en una vivienda de alquiler con el ciudadano francés Sr. Chevreur (se acompaña contrato de arrendamiento de la vivienda y documento de identidad de su compañero (doc. 14 y 15), estando ambos empadronados en esa finca.

TERCERO.- La parte actora alega como motivos

impugnatorios :

1.- Nulidad de la resolución impugnada por vulnerar el principio jurídico de respeto a los actos propios.

La demandante había formulado en fecha 15 de enero de 2003 solicitud de permiso y residencia y trabajo por cuenta propia, así como solicitud de exención de visado, demostrativo de su permanencia en España por lo menos desde esa fecha, documentos que sirvieron para que el Ayuntamiento de Irun expidiera certificado de empadronamiento con efectos retroactivos en fecha 22 de abril de 2005, entendiéndose la parte que la Administración del Estado no tiene otra solución que aplicar de forma correcta tanto los principios generales del Derecho, entre ellos el que "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos" como la resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director 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.

Debiendo acoger este motivo impugnatorio toda vez que las presentes instrucciones técnicas son de aplicación exclusivamente a los certificados padronales solicitados por los extranjeros no comunitarios durante el proceso de normalización de extranjeros a que se refiere la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004 siempre que esas solicitudes vayan acompañadas de los documentos públicos acreditativos de su estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 y en los que conste su identificación.

Si a ello se añade que esos documentos públicos que acrediten la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 han de cumplir determinados requisitos, entre ellos el de haber sido emitidos y/o registrados por una Administración Pública Española, sorprende que sea la propia Administración quien venga después a denegar una solicitud de residencia temporal y trabajo a la que el ciudadano extranjero ha adjuntado la documentación que le ha sido requerida en acreditación de su estancia en el país antes del día 8 de agosto de 2004.

2.- Nulidad de la resolución impugnada por infracción de lo dispuesto en los arts. 3.1 y 70.4 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el art. 65 de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local).

La resolución que se impugna basa su fundamento en que "se ha presentado un documento distinto 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 se establece que serán causas de denegación de la solicitud por " no acreditar que el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos con seis meses de antelación a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Organica 4/2000 (Disposición Transitoria Tercera , apartado 1 letra a) del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre de 2004 y apartado segundo , letra a) y Tercero 2, letra a) de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 2 de febrero de 2005 , ni aportar certificado de inscripción padronal que reúna las condiciones establecidas en la Resolución de 14 de abril de 2005 conjunta de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local " .

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).

Y la Orden Ministerial 140/2005 de 2 de febrero por

la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en esa Disposición Transitoria Tercera 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, dispone en el apartado 2º los requisitos a cumplimentar por aquellos empresarios o empleadores que pretendan contratar a trabajadores extranjeros acogidos al proceso de normalización:

a) 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 Organica 4/2000 de 11 de Enero, presentando asimismo un pasaporte, título de viaje o cédula de inscripción que acredite su presencia continuada en territorio español durante dicho periodo.

b) Que exista un contrato de trabajo firmado entre empresario o empleador y trabajador cuyos efectos se condicionarán a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada, con el compromiso por parte del empleador de mantener la prestación laboral por un período mínimo de seis meses con salvedades en determinados sectores (agrario, construcción, hostelería, servicio doméstico).

c) Si se trata de contratos a tiempo parcial el período de prestación laboral se incrementará proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dichos contratos.

d) Que las empresas solicitantes estén inscritas en el Correspondiente régimen del Sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de las cuotas exigibles por la Seguridad Social.

e) Condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

f) Se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.

g) Que el trabajador extranjero carezca de antecedentes penales tanto en España como en los países que hubiere residido en los cinco años anteriores.

h) Que el trabajador extranjero no tenga prohibida su entrada en España.

Los principios generales contemplados en la Ley 30/1992 de LRJPAC derivados de los principios superiores de indisponibilidad de la competencia, jerarquía y coordinación en el marco de lo previsto en el art. 103 de la Constitución fueron ampliados al introducirse en la reforma operada con la Ley 4/1999 de 13 de Enero dos principios de actuación de las Administraciones Públicas derivados del de seguridad jurídica: por un lado el principio de buena fe y por otro lado el de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las

Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente .

Resultando este último principio la salvaguarda de los Derechos del administrado que ha acomodado su actuar a como legítimamente podía suponerse que iba a actuar la Administración.

En el presente caso la recurrente acudió a las dependencias municipales con toda la documentación que acreditaba su permanencia en España desde antes del día 8 de Agosto de 2004 , y ésta le expide un certificado de empadronamiento por omisión previsto en la resolución de 14 de Abril de 2005 , sin que la Administración en el presente caso de conformidad a lo dispuesto en el art. 65 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril de Bases del Regimen Local le hubiera requerido al Ayuntamiento para anulara dicho acto en el plazo máximo de un mes, debiendo acoger este segundo motivo impugnatorio.

3.- La parte actora articula un tercer motivo impugnatorio : **NULIDAD DE LA RESOLUCION IMPUGNADA, POR FALTA DE APLICACION DE LOS ARTS. 1215 Y 1216 SIGUIENTES Y CONCORDANTES DEL CODIGO CIVIL EN CUANTO A LA CONSIDERACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO DE LA CERTIFICACIÓN PADRONAL.**

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 (certificado de empadronamiento de la Sra. Ortega de fecha 22 de Abril de 2005, resolución del Ayuntamiento de Irun de idéntica fecha en la que se fundamentan las razones que le asisten a ese Ayuntamiento para otorgar a la Sra. Ortega eficacia retroactiva a la inscripción efectuada, documento en que constan remesas de dinero remitida por la anterior los días 11 de noviembre y 5 de diciembre de 2003, acta de manifestaciones realizada en fecha 21 de febrero de 2003 ante Notario Sr. Sanza por la propia recurrente confiriendo poder especial para retirada de joyas), pues ninguna referencia hace a ellos, y ha formado su decisión, y luego ha cumplimentado el modelo correspondiente denegando la solicitud.

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, presunción 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 último, 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 de los documentos obrantes en el expediente administrativo se colige que la Sra. Ortega lleva residiendo en la localidad de Irun desde el año 2003, que se corrobora con el contrato de arrendamiento de vivienda suscrito en fecha 12 de Agosto de 2003 que obra en autos (

doc. 14) , en el que figura como arrendatario también el Sr. Chevreul compañero sentimental de la anterior .

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 determinado suscrito por la Sra. Ortega y certificación de la inscripción padronal de la anterior en el Ayuntamiento de Irun a fecha 22 de abril de 2005, que como se ha indicado se le otorga con carácter retroactivo , debiendo acogerse por tanto este 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,

F A L L O

ESTIMANDO recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. Ignacio Almandoz Rios en representación de DOÑA MARTHA NARCISA ORTEGA frente a a resolución de 4 de julio de 2005 desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a resolución de 24 de mayo de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Guipzcoa por la que se declara denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajador por cuenta ajena solicitada por Doña Virginia Seoane Lasalde a la trabajadora extranjera Doña Martha Narcisa Ortega de nacionalidad ecuatoriana , declaro :

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

2.- Se le concede a la recurrente la AUTORIZACION INICIAL DE RESIDENCIA Y TRABAJO POR CUENTA AJENA .

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.

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 2
DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN
TERESA DE CALCUTA 1 3° PLANTA- C.P. 20012
TELÉFONO: 943-000778

N.I.G.: 20.05.3-05/000882

Procedimiento: Proced.abreviado 358/05

Demandante: GERMAN GUEVARA
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 26 DE MAYO DE 2005 POR
LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GUIPUZCOA POR LA QUE SE
DENIEGA LA SOLICITUD DE AUTORIZACION INICIAL DE RESIDENCIA
Y TRABAJO POR CUENTA AJENA AL TRABAJADOR EXTRANJERO D.
GERMAN GUEVARA.

S E N T E N C I A N°341/2005

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN , a uno de diciembre 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 358/05 y seguido por el
procedimiento ABREVIADO , en el que se impugna: la resolución
más arriba indicada .

Son partes en el procedimiento : DEMANDANTE : GERMAN

GUEVARA , 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 31 de agosto 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 16 de noviembre 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 26 de mayo de 2005, de denegación de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por la mercantil ARGIBIBERRI S.L. a favor de D. German Guevara.

2.- El reconocimiento del Derecho a que la referida solicitud sea concedida al recurrente.

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 26 de mayo de 2005.

CUARTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales, salvo el dictado de la presente Sentencia debido al cúmulo de asuntos que pesan en la mesa de la proveyente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la resolución de 26 de mayo de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Guipuzcoa por la que se declara denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajador por cuenta ajena solicitada por la empresa ARGIBIBERRI S.L. al trabajador extranjero D. German Guevara , 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 26 de mayo de 2005, de denegación de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por la mercantil ARGIBIBERRI S.L. a favor de D. German Guevara.

2.- El reconocimiento del Derecho a que la referida solicitud sea concedida al recurrente.

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 en compañía del representante de ARGIBIBERRI S.L., Sr. Barcenilla, el día 4 de mayo 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 argentino Sr. German Guevara solicitud de autorización de residencia y trabajo (doc. 3), acompañándose el resto de la documentación exigida (contrato de trabajo, certificado de antecedentes penales, pasaporte). En ese momento no se hallaba empadronado y se le requirió para que en el plazo de quince días completara el expediente con la certificación municipal (doc. 4).

Ese mismo día el Ayuntamiento de San Sebastian extendía certificación de inscripción padronal acreditando que el demandante se hallaba en España desde antes de Agosto de 2004 (doc. 5), aportando dicha certificación a la Subdelegación de Gobierno.

La Administración resolvió denegando dicha solicitud, basándose en que concurría la circunstancia de haber presentado un documento distinto de los contemplados en la resolución de 14 de Abril de 2005 (al no constar que figura empadronado en un municipio español) con la obligatoriedad de efectuar su salida del territorio nacional en el plazo de quince días a partir del siguiente al de su notificación.

El Sr. Guevara para acreditar su presencia continuada y de forma ininterrumpida en España aportó actas de manifestaciones realizadas en fecha 26 de julio de 2005 ante el Notario de San Sebastian Sr. Oñate, donde comparecían el Sr. Rivero Cordero (tío carnal del demandante) y el Sr. Jorge Barcenilla, (representante de la empresa ARGIBIBERRI S.L.), documentos que acreditan que al Sr. Rivero Cordero le fue concedida por la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil el día 5 de enero de 2005 la nacionalidad española por residencia (doc. 13).

TERCERO.- La parte actora alega como motivos impugnatorios :

1.- Nulidad de la resolución impugnada por infracción de lo dispuesto en los arts. 3.1 y 70.4 de la Ley 30/1992 de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el art. 65 de la Ley 7/85 de Bases de Regimen Local) .

La resolución que se impugna basa su fundamento en que " se ha presentado un documento distinto 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 se establece que serán causas de denegación de la solicitud por " no acreditar que el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos con seis meses de antelación a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Organica 4/2000 (Disposición Transitoria Tercera , apartado 1 letra a) del Real Decreto 2393/2004 de 30 de Diciembre de 2004 y apartado segundo , letra a) y Tercero 2, letra a) de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 2 de febrero de 2005 , ni aportar certificado de inscripción padronal que reúna las condiciones establecidas en la Resolución de 14 de abril de 2005 conjunta de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local " .

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) .

Y la Orden Ministerial 140/2005 de 2 de febrero por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en esa Disposición Transitoria Tercera 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 , dispone en el apartado 2º los requisitos a cumplimentar por aquellos empresarios o empleadores que pretendan contratar a trabajadores extranjeros acogidos al proceso de normalización :

a) 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 Organica 4/2000 de 11 de Enero, presentando asimismo un pasaporte, titulo de viaje o cédula de inscripción que acredite su presencia continuada en territorio español durante dicho periodo.

b) Que exista un contrato de trabajo firmado entre empresario o empleador y trabajador cuyos efectos se condicionarán a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada , con el compromiso por parte del empleador de mantener la prestación laboral por un período mínimo de seis meses con salvedades en determinados sectores (agrario, construcción, hosteleria, servicio domestico).

c) Si se trata de contratos a tiempo parcial el período de prestación laboral se incrementará proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dichos contratos.

d) Que las empresas solicitantes estén inscritas en el Correspondiente régimen del Sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de las cuotas exigibles por la Seguridad Social.

e) Condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

f) Se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.

g) Que el trabajador extranjero carezca de antecedentes penales tanto en España como en los países que

hubiere residido en los cinco años anteriores .

h) Que el trabajador extranjero no tenga prohibida su entrada en España .

Los principios generales contemplados en la Ley 30/1992 de LRJPAC derivados de los principios superiores de indisponibilidad de la competencia , jerarquía y coordinación en el marco de lo previsto en el art. 103 de la Constitución fueron ampliados al introducirse en la reforma operada con la Ley 4/1999 de 13 de Enero dos principios de actuación de las Administraciones Públicas derivados del de seguridad jurídica: por un lado el principio de buena fe y por otro lado el de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente .

Resultando este último principio la salvaguarda de los Derechos del administrado que ha acomodado su actuar a como legítimamente podía suponerse que iba a actuar la Administración.

En el presente caso el recurrente acudió a las dependencias municipales con toda la documentación que acreditaba su permanencia en España desde antes del día 8 de Agosto de 2004 , y ésta le expide un certificado de empadronamiento por omisión previsto en la resolución de 14 de Abril de 2005 , sin que la Administración en el presente caso de conformidad a lo dispuesto en el art. 65 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril de Bases del Regimen Local le hubiera requerido al Ayuntamiento para anulara dicho acto en el plazo máximo de un mes, debiendo acoger este primer motivo impugnatorio.

La parte actora articula un segundo motivo impugnatorio : **NULIDAD DE LA RESOLUCION IMPUGNADA, POR FALTA DE APLICACION DE LOS ARTS. 1215 Y 1216 SIGUIENTES Y CONCORDANTES DEL CODIGO CIVIL EN CUANTO A LA CONSIDERACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO DE LA CERTIFICACIÓN PADRONAL.**

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 (certificado de empadronamiento del Sr. Guevara de fecha 10 de Enero de 2005 , certificado emitido por el Ministerio de Justicia , Seguridad y Derechos Humanos de Buenos Aires (Argentina) , fotocopias de pasaporte donde se observa que en fecha 5 de Abril de 2004 , hace su entrada en España sin posterior sello de salida de este país) y en autos : acta de manifestaciones realizada en fecha 26 de julio de 2005 ante Notario Sr. Oñate , pues ninguna referencia hace a ellos, y ha formado su decisión, y luego ha cumplimentado el modelo correspondiente denegando la solicitud.

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 de las Actas Notariales de fecha 26 de julio de 2005 se colige que el Sr. Guevara lleva residiendo en la localidad de San Sebastian desde el mes de Junio de 2003 , pues el testimonio de su tío el Sr. Rivero y del Sr. Barcenilla (representante de la empresa ARGIBIBERRI S.L.) acreditan su presencia en esta ciudad desde esa fecha .

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 determinado suscrito por el Sr. Guevara en fecha 4 de mayo de 2005 , y certificación de la inscripción padronal del anterior en el Ayuntamiento de San Sebastian a fecha 10 de Enero de 2005, debiendo acogerse este 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. GERMAN GUEVARA frente a a resolución de 26 de mayo de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Guipuzcoa por la que se deniega la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada a favor del recurrente , ciudadano de nacionalidad argentina , declaro :

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

2.- Se le concede al recurrente la AUTORIZACION INICIAL DE RESIDENCIA Y TRABAJO POR CUENTA AJENA .

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.