

12

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE
BILBAO (BIZKAIA)(e)ko ADMINISTRAZIOAREKIKO
AUZIETAKO 3 ZK.KO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10-5ª PLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016704
Fax: 94-4016990

N.I.G. / IZO: 48.04.3-09/003627

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 7 '2009



A15

C3

2438/30

Demandante / Demandatzailea: |
Representante / Ordezkaría: JAVIER GALPARSORO
GARCIA

Administración demandada / Administrazio demandatua:
SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA
Representante / Ordezkaría:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN EL PAÍS VASCO DE 16-12-08 POR LA QUE SE ACUERDA DESESTIMAR EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DE 18-12-2008 POR LA QUE SE ACUERDA DENEGAR LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA

CEDULA DE NOTIFICACION.-

En el recurso contencioso - administrativo de referencia, se ha dictado la resolución que a continuación se reproduce:

JAKINARAZPEN-ZEDULA

Aipatutako administrazioarekiko auzi-errekurtsoan, hurrengo ebazpena eman da:

SENTENCIA Nº 280/2010

En BILBAO (BIZKAIA), a quince de septiembre de dos mil diez.

La Sra. Dña. BEGOÑA DIAZ AISA, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 733/2009 y seguido por el procedimiento ABREVIADO, en el que se impugna: LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN EL PAÍS VASCO DE 16-12-08 POR LA QUE SE ACUERDA DESESTIMAR EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VIZCAYA DE 18-12-2008 POR LA QUE SE ACUERDA DENEGAR LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA.

Son partes en dicho recurso: como recurrente _____, representada y dirigida por el Letrado JAVIER GALPARSORO GARCIA ; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representado y dirigido por el SR ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en este Juzgado el día 23 de abril de 2009 escrito de demanda presentado por el letrado JAVIER GALPARSORO GARCIA en nombre y representación de D. interponiendo Recurso Contencioso-Administrativo contra Resolución de la Delegación del Gobierno en la CAPV de fecha 16 de diciembre de 2008 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 18-09-08 que deniega la autorización de residencia temporal y trabajo, segunda renovación, formulada por D^a registrado dicho procedimiento con el número 733/09.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda en base a los Hechos y Fundamentos de Derecho en ella expresados, se solicitó se dicté Sentencia por la que se estime el presente recurso y se acuerde declarar la nulidad radical e insubsanable de la resolución combatida, conceder Autorización de REsidencia y Trabajo 2ª Renovación solicitada, al amparo de lo dispuesto en el art. 54 del RD 2393/04, con expresa imposición de costas a la demandada si temerariamente se opusiere a esta litis.

TERCERO.- Mediante Providencia de fecha 9 de junio de 2009 se admitió a trámite la demanda, convocándose a las partes a la vista para el día 8 de julio de 2010, previa reclamación del correspondiente Expediente Administrativo, uniéndose ambos escritos en autos.

CUARTO.- El día señalado tuvo lugar el juicio con el resultado que obra incorporado a las actuaciones, quedando las mismas conclusas para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso jurisdiccional la impugnación de la Resolución de la Delegación del Gobierno en la CAPV de fecha 16 de diciembre de 2008 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 18-09-08 que deniega la autorización de residencia temporal y trabajo, segunda renovación, formulada por D^a !

La parte recurrente interesa se dicte sentencia que declare la nulidad de la resolución impugnada y conceda la autorización de residencia temporal y trabajo, segunda renovación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 del RD 2393/2004. Alega a estos efectos que reside en España desde hace 8 años, desarrollando una actividad laboral desde julio de 2005; que mantiene una relación de pareja estable con un ciudadano italiano, fruto de la cual tienen un hijo nacido en julio de 2006 de nacionalidad italiana y que tras el periodo de maternidad se encuentra en situación de excedencia por cuidado de hijos y que se le ha concedido por parte del Gobierno Vasco una subvención por nacimiento de hijo y otra por la situación de excedencia. Sostiene esta parte que concurren todos los requisitos para que le conceda la autorización de residencia

temporal y trabajo, 2ª renovación, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 del Reglamento. Además añade que la solicitante es pareja sentimental de un ciudadano comunitario y ascendiente de otro ciudadano europeo pudiendo haber accedido a la Tarjeta de Residencia como Familiar de Ciudadano de la Unión conforme a lo establecido en el RD 240/07 o haber obtenido la Autorización de Residencia por circunstancias excepcionales o humanitarias.

Por la Abogacía del Estado se interesa la confirmación de la resolución impugnada por ser ajustada a derecho, a cuyo efecto alega que no concurren los requisitos necesarios para conceder la renovación solicitada al no acreditarse los días de actividad laboral exigidos por la normativa, manifestando que sólo acredita un periodo de actividad laboral de 162 días durante el periodo de 2 años de vigencia de la anterior autorización, y que la solicitante no se encuentra en ninguna de las situaciones establecidas en el artículo 38.3.b) y c) de la LO 4/2000. Respecto a la aplicación de las disposiciones contenidas en el RD 240/2007 manifiesta que esta pretensión deberá ser objeto de otra solicitud y otro expediente.

SEGUNDO .- El artículo 54 del RD 2393/2004 regula la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena disponiendo:

“1. La renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

2. Junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes.

3. La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende.

Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

a) Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.

b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el art. 50, con excepción del párrafo a).

4. Se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite:

a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

b) Que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas.

c) Que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor.

5. También se renovará la autorización cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el art. 38.3. b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. (...).”.

Por su parte, el artículo 38.3 de la LO 4/2000, conforme a la redacción dada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, vigente a la fecha de la solicitud de la recurrente, establece “3. La autorización de trabajo se renovará a su expiración si:

a) Persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente.

b) Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.

c) Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.

d) Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente. A partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.”

TERCERO .- Señalada la normativa de aplicación, son hechos no controvertidos que resultan del expediente administrativo con relevancia para la resolución del presente proceso:

1.- Que la recurrente tiene concedida una autorización de residencia temporal y trabajo con vigencia desde el 7-07-06 hasta el 6-07-08.

2.- Que con fecha 7-07-05 inicia una relación laboral por cuenta de la empresa , S.L., de carácter indefinido desde el 26-06-2006.

3.- Que con fecha 16-12-2006 la recurrente pasa a la situación de excedencia por cuidado de hijo por periodo de dos años, concluyendo el 15-12-2008.

4.- Que es beneficiaria de las ayudas y subvenciones que concede el Gobierno Vasco al acceder a la situación de excedencia por cuidado de hijos de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 329/2003, de 23 de diciembre, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

CUARTO .- Partiendo de la anterior relación fáctica, debe tenerse en cuenta que la situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos es causa de suspensión del contrato de trabajo, estando regulada en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores (dentro de la Sección

3ª dedicada a la suspensión del contrato, Capítulo III del Título I) y no en la Sección 4ª en la que se regula la extinción del contrato de extinción del mismo.

Así el artículo 46.3 al regular la excedencia por cuidado de hijos establece: “Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

(...)

La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.”.

En consecuencia, la relación laboral de la recurrente con la empresa , S.L. para la que viene prestando sus servicios profesionales sin solución de continuidad desde julio de 2005 y con la que se encuentra vinculada mediante un contrato de trabajo de carácter indefinido (así lo menciona expresamente la empresa, folio 5 del expediente) es de continuidad, sin perjuicio de que se encuentre en suspenso durante un periodo de dos años, concretamente del 16-12-2006 al 15-12-2008, por haberse acogido la trabajadora a la situación de excedencia por cuidado de hijos. Por lo tanto, nos encontramos ante el supuesto contemplado en el artículo 54.3 párrafo primero, al resultar acreditada la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende. No habiéndolo entendido así la resolución administrativa, procede estimar el presente recurso y anular la actuación impugnada, reconociendo el derecho de la recurrente a obtener la renovación de la autorización de residencia temporal solicitada.

QUINTO .- No se aprecian causas o motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento impositivo sobre las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA.

SEXTO .- En base a lo dispuesto en el art. 81 de la LJCA frente a la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación.

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

FALLO

Que **ESTIMANDO** el recurso interpuesto por el Letrado D. Javier Galparsoro García, en nombre y representación de **D^a** , frente a la Resolución de la Delegación del Gobierno en la CAPV de fecha 16 de diciembre de 2008 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 18-09-08 que le deniega la autorización de residencia temporal y trabajo, segunda renovación, debo anular dicha resolución, dejándola sin efecto, por no ser ajustada a Derecho y declarar el derecho de la recurrente a la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, segunda renovación, solicitada. Todo ello sin que proceda efectuar especial pronunciamiento en materia de 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), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4759-0000-85-0733-09, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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